



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Necesidad de una nueva regulación de la flexibilidad del régimen de garantías en los procedimientos de contratación pública

TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

AUTOR: Aguirre Velasteguí, María Victoria

DIRECTOR: Samaniego Ruiz, Luis Medardo, Dr.

CENTRO UNIVERSITARIO QUITO

2015



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

2015

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

Doctor

Luis Medardo Samaniego Ruiz.

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de investigación denominado: “**Necesidad de una nueva regulación de la flexibilidad del régimen de garantías en los procedimientos de contratación pública**”, realizado por la Dra. María Victoria Aguirre Velasteguí, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, octubre de 2015

Dr. Luis Medardo Samaniego Ruiz
Director de Tesis

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, María Victoria Aguirre Velasteguí, declaro ser la autora del presente trabajo de fin de maestría: Necesidad de una nueva regulación de la flexibilidad del régimen de garantías en los procedimientos de contratación pública, de la Titulación Maestría en Derecho Administrativo, siendo el Dr. Luis Medardo Samaniego Ruiz, director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos, y tesis de grado que se realizan a través, o con el apoyo financiero, académico, o institucional (operativo) de la Universidad”.

f.
Autor: Aguirre Velasteguí María Victoria
Cédula: 1103417448

DEDICATORIA

A mi hija, inspiración de mi vida.

A mi madre, quien me ha enseñado el camino de la superación personal y profesional

Al Dr. Froilán Quezada, ejemplo de tenacidad, lucha, dedicación a las letras.

A mi familia y amigos, quienes con su estímulo me han apoyado en todo momento.

A mi Director de Tesis, quien con su vasto conocimiento marcó el camino correcto para la realización del presente trabajo de investigación.

AGRADECIMIENTO

Dejo constancia de mi agradecimiento a la Universidad Técnica Particular de Loja, a los docentes de la Maestría en Derecho Administrativo y de manera especial al señor doctor Luis Medardo Samaniego Ruiz, Director del Trabajo de Tesis, por su paciente, diligente y valiosa orientación durante todo el proceso de investigación.

María Victoria

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Aprobación del Director del Trabajo de fin de Maestría	II
Declaración de Autoría y Cesión de Derechos	III
Dedicatoria	IV
Agradecimiento	V
Índice de Contenidos	II
Índice de Tablas	III
Índice de Gráficos	III
Resumen	II
Abstract	III
Introducción	4
Capítulo I: Definiciones	5
1.1. La Administración Pública	6
1.2. Contratación Pública y Contratos Administrativos	10
1.2.1. El Contrato Administrativo	11
1.2.2. Algunas Diferencias de los Contratos	14
1.2.2.1. Principios de los Contratos Públicos	15
1.2.2.2. Algunos contratos exentos del sistema de contratación pública:	18
1.3. Prerrogativas Contractuales	18
1.4. El Régimen de Garantías en la Administración Pública	19
1.4.1. Tipos de Garantías	20
1.4.1.1. Garantía técnica para ciertos bienes	21
1.4.1.2. Garantía de fiel cumplimiento	21
1.4.1.3. Garantía por anticipo	22
1.5. Las garantías en la teoría de la cláusula exorbitante	22
1.6. Características de las garantías otorgadas en el sector público	25
Capítulo II: Formas de Garantías	28
2.1 Garantías exigidas por el Art. 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública	29
2.2 Las Garantías comúnmente utilizadas	30
2.3 La Póliza de Seguros	30
2.4 La Garantía Bancaria	33
Capítulo III: Vigencia, devolución y ejecución de las Garantías	40
3.1 Devolución de las Garantías	41
3.2 Ejecución de las Garantías	41
3.3 Por terminación unilateral anticipada del Contrato	42
3.4 Por declaración de Incumplimiento	49

3.5 Por falta de renovación _____	50
3.6 Por terminación por mutuo acuerdo _____	50
3.7 Pérdida o Destrucción de las Garantías _____	51
Capítulo IV: Investigación de campo _____	52
4.1 Análisis de entrevistas cinco (5) servidores públicos expertos en contratación pública) _____	53
4.2. Análisis de encuestas _____	53
4.3. Presentación de resultados _____	53
4.4. Contratación de objetivos e Hipótesis _____	62
Capítulo V: Conclusiones y Recomendaciones _____	64
5.1. Conclusiones _____	65
5.2. Recomendaciones _____	66
5.3. Propuesta _____	67
6. Bibliografía _____	68
7. Apéndice _____	70

Índice de Tablas

Tabla 1 _____	56
Tabla 2 _____	57
Tabla 3 _____	58
Tabla 4 _____	59
Tabla 5 _____	60
Tabla 6 _____	61

Índice de Gráficos

Gráfico 1 _____	56
Gráfico 2 _____	57
Gráfico 3 _____	58
Gráfico 4 _____	59
Gráfico 5 _____	60
Gráfico 6 _____	61

RESUMEN

La investigación examina el marco legal de la contratación realizada por el Estado con los particulares u otras entidades fiscales y particularmente las Garantías de la Contratación Pública, al tenor de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Hace especial mención a la garantía de fiel cumplimiento y la inconveniencia de su exoneración en los contratos cuya cuantía sea inferior al resultado de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el Presupuesto inicial del Estado, lo que da lugar a que considerables inversiones del Estado no se encuentren protegidas eficientemente.

Propone la reforma de la disposición legal de la LOSNCP que contiene dicha exoneración.

ABSTRACT

The research examines the legal framework about procurement done by the government, civilians and others fiscal institutions, particularly the guarantees of public procurement, chord with the Organic Law of the National Public Procurement System.

This investigation done special mention about the performance bond and the inconvenience of its exemption for contracts whose value is lower than the result of multiplying the coefficient 0.000002 for the initial State Budget, resulting there are considerable state investments which are not efficiently protected.

It proposes the reform of the statute of LOSNCP which contain this exemption.

INTRODUCCIÓN

La investigación que pongo a consideración en torno a la **Necesidad de una nueva regulación de la flexibilidad del régimen de garantías en los procedimientos de contratación pública**, se inicia sentando las bases teórico-doctrinarias del régimen de garantías en la administración pública,

Realizo una revisión de literatura, empezando por la Administración Pública, la Contratación Pública y los Contratos Administrativos

Efectúo un acercamiento al estudio del conjunto de elementos que integran la Administración Pública.

Formalizo un estudio teórico-doctrinario del régimen de garantías en la Administración Pública, en el contexto de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, analizando las formas y tipos de garantías, las garantías más comúnmente utilizadas, la vigencia, devolución y ejecución de las garantías.

Dejo constancia de los métodos y materiales empleados en la investigación; presento y analizo los resultados de la investigación de campo que consistió básicamente en la aplicación de entrevistas y encuestas; efectúo la presentación y análisis de los resultados, consigno las conclusiones y recomendaciones y finalmente dejo planteada una propuesta de reforma legal a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Queda a vuestra consideración e indulgencia el trabajo.

CAPÍTULO I: DEFINICIONES

1.1. La Administración Pública

El vocablo administración etimológicamente proviene del verbo latino *administrare* que significa servir¹, gobernar, dirigir y que, a su vez, deriva de las raíces *ad, manus y trahere*, que equivale a la prestación de servicios en beneficio de una colectividad. Administración se entiende en sentido amplio como la labor de dirigir una institución, ordenar, disponer, organizar la hacienda o los bienes, desempeñar o ejercer un cargo, oficio o dignidad.

Lo público, en su orden, hace relación a todo lo que proviene de autoridad, en contraposición a lo que proviene del ámbito privado.

Administración, es la “Gestión, gobierno de los intereses o bienes, en especial de los públicos... La administración puede ser considerada dentro del Derecho Privado, en el Público, en el Procesal, en el Eclesiástico y en el Internacional “² dice Cabanellas.

De manera muy general se concibe a la administración pública como aquel conjunto de entidades que integran un determinado Estado.

También se entiende a la administración pública como la encargada de cumplir con la función administrativa del Estado.

Más específicamente, la Administración Pública es un proceso de: planificación, organización, dirección control y evaluación de los servicios públicos o, en otros términos, un proceso sistemático y metódico de carácter científico y técnico para planear, organizar, dirigir, coordinar y controlar las acciones del Estado y de las entidades del sector público a fin de obtener los objetivos previstos con el mínimo de recursos del Estado y tiempo, así como el máximo de eficacia.

La Administración es Pública cuando involucra al Estado y sus instituciones o entidades.

Por oposición la Administración, es Privada en todos los casos en los que los recursos son de propiedad particular; se diferencia de la Administración Pública en cuanto a que su finalidad es el lucro o beneficio privado.

¹GARRIDO FALLA, F: Tratado de Derecho Administrativo, Vol. I, Parte General, 7ª Ed, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976, p. 27

²CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Editorial Heliasta, Buenos Aires-Argentina, 2003, Pág.27

Así, hemos de considerar la Administración Pública como “el Poder Ejecutivo en acción, con la finalidad de cumplir y hacer cumplir cuanto interesa a la sociedad en las actividades y servicios”³ pudiendo ser esta acción de carácter nacional, provincial, municipal, parroquial, de acuerdo con la esfera territorial de sus atribuciones.

La actividad administrativa, llamada Administración Pública, necesario es insistir, comprende a los diferentes órganos del Estado en todas sus escalas o jerarquías.

Esta actividad administrativa del Estado se encuentra sistematizada por el Derecho Administrativo, que constituye una de las ramas del Derecho Público, regulador de las relaciones entre el Estado, sus instituciones y los particulares.

La Administración Pública se ve como una parte integrante del Poder Ejecutivo, y regulada por el Derecho Administrativo; muchos estudiosos del Derecho se han dedicado a estudiar sus elementos para poder dar una definición completa, ya que no todos comparten la idea de que sea parte del Poder Ejecutivo; existen autores como Fernando Garrido Falla que la interpreta como “una actividad desarrollada por el Ejecutivo”⁴. Aun y cuando existen discrepancias entre los autores todos, de alguna manera, relacionan a la Administración con el Poder Ejecutivo, lo que genera que existan diversos conceptos de administración Pública, tanto como parte integrante del Poder Ejecutivo, y como actividad o facultad realizada por el mismo.

Precisando y ampliando conceptos, “La Administración Pública constituye un concepto análogo en el sentido de que el mismo puede aplicarse a diferentes objetos de un modo que no es idéntico no totalmente distinto. En el orden de la organización administrativa se aprecia esa analogía que posee la idea de Administración Pública, puesto que puede referirse-siempre en su acepción orgánica o subjetiva- ya sea al conjunto de órganos que encabeza el Poder Ejecutivo, o bien, añadiendo a ese concepto restrictivo, las entidades jurídicamente descentralizadas” según lo manifiesta Juan José Cassagne⁵

La primera idea admite una Administración Pública Centralizada, en tanto que la segunda supone la existencia de entidades administrativas descentralizadas, con personalidad jurídica propia, separada de la persona pública Estado, a la cual, sin embargo, se hallan vinculadas, por lazos de tutela y garantía de sus actos frente a los particulares o administrados.

³CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Op. Cit. Pág. 27

⁴GARRIDO FALLA, F. Op. Cit. Pág. 28

⁵CASSAGNE, Juan Carlos, DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo I, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998, Pág. 205

“La administración pública es una ciencia y arte a la vez, que tiene por objeto el conocimiento y práctica de múltiples actividades o servicios, ejercidos consciente e intencionalmente por los órganos administrativos y servidores públicos, en general en razón del mandato o representación del Estado, para lograr diferentes fines a favor de la colectividad”⁶ expresa Nicolás Granja Galindo.

La Administración Pública presupone, sin duda, la ejecución de actividades o servicios, por parte de los órganos administrativos correspondientes y los servidores públicos, autorizados y en representación del Estado, actividades o servicios que se orientan a la satisfacción de las necesidades de carácter colectivo, por lo que podemos concebirla como “una de las tecnologías dentro de la tecnología”, según el mismo autor citado.

Para Jorge Fernández Ruíz la Administración Pública, es la función de carácter administrativo cuyo objetivo es lograr los fines del Estado, es decir “Es el conjunto de áreas del sector público del Estado que, mediante el ejercicio de la función administrativa, la prestación de los servicios públicos, la ejecución de las obras públicas y la realización de otras actividades socioeconómicas de interés público trata de lograr los fines del Estado.”⁷

Rodrigo Moreno Rodríguez considera que el Estado realiza sus propios negocios y que : “La Administración Pública es la organización que tiene a su cargo la dirección y la gestión de los negocios estatales ordinarios dentro del marco del derecho, las exigencias de la técnica y una orientación política.”⁸

Serra Rojas por su parte comenta:

“La Administración Pública es una organización que tiene a su cargo la acción continua encaminada a la satisfacción de las necesidades de interés público, con elementos tales como; personal técnico preparado, un patrimonio adecuado y mediante procedimientos administrativos idóneos o con el uso, en caso necesario de las prerrogativas del poder público que aseguren el interés estatal y los derechos de los particulares.”⁹

Para este tratadista equivale a la organización, es decir a los diferentes órganos estatales, que se dirige a la satisfacción de las necesidades colectivas, buscando la armonía de los intereses estatales con los derechos legítimos de los particulares.

⁶GRANJA GALINDO, Nicolás, FUNDAMENTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Universidad Central del Ecuador, Quito, 1999, Pág. 100

⁷FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, DERECHO ADMINISTRATIVO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Editorial Porrúa, México, 1987, Pág. 279

⁸MORENO RODRÍGUEZ, Rodrigo, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL EN MÉXICO, Recuperado el 07 de julio de 2014 de: www.bibliojuridica.org

⁹SERRA ROJAS, Andrés, EL ACTO DE GOBIERNO, Editorial Porrúa, México, 1975, Págs. 363-364

Gabino Fraga¹⁰ entiende a la Administración Pública desde dos puntos de vista: formal y material.

Desde el punto de vista formal la administración Pública está constituida como el organismo público que ha recibido del poder político la competencia y los medios necesarios para la satisfacción de los intereses generales.

Desde el punto de vista material es la actividad de este organismo considerado en sus problemas de gestión y de existencia propia tanto en sus relaciones con otros organismos semejantes como con los particulares para asegurar la ejecución de su misión.

El mencionado autor considera que desde el punto de vista formal la administración pública tiene una relación directa con el Poder Ejecutivo.

Siguiendo bajo esta misma tendencia, desde el punto de vista formal, la administración pública es considerada como un órgano gubernamental del Estado, ubicado dentro del Poder Ejecutivo, pero no por esto es todo el Poder Ejecutivo.

En el Glosario de términos del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva se define a la Administración Pública como “la organización con personalidad jurídica, que desarrolla sus actividades para satisfacer el interés general” y en el Art. 5 se declara que la Administración Pública Central tendrá personería jurídica única para el cumplimiento de sus fines.

Es de entender que esta disposición no se refiere a personería jurídica sino que la Administración Pública Central se encuentra representada por la persona del Presidente de la República.

Es de responsabilidad del Presidente de la República, ejerciendo la función Ejecutiva, dirigir la Administración Pública y responder por ella, de acuerdo con lo preceptuado en los Arts. 141 y siguientes de la Constitución de la República del Ecuador.

La administración pública, integrada por los “órganos administrativos y servidores públicos”, de manera usual funciona en forma unilateral, o sea mediante actos administrativos, aunque también, en forma no menos frecuente, suele llegar a acuerdos con los particulares y otros entes públicos, celebrando convenios o contratos bilaterales o plurilaterales de diversa naturaleza y diferentes fines.

¹⁰FRAGA, Gabino, DERECHO ADMINISTRATIVO, Editorial Porrúa, México, 2001, Pág. 85

Huelga, entonces, decir que la administración pública se expresa a través de actos, contratos, resoluciones y procedimientos administrativos, que producen los órganos de la administración de acuerdo a su competencia, esto es lo que los servidores públicos: dignatarios, autoridades, funcionarios y empleados, realizan en el ámbito de sus funciones.

Los contratos, las resoluciones y los procedimientos son, de hecho, actos administrativos. De allí que podamos generalizar señalando que aquella actividad se expresa generalmente en hechos y actos administrativos.

En este marco se genera la contratación pública, con determinados elementos comunes de la contratación en el ámbito civil, pero, al mismo tiempo, con elementos propios y diferentes, de acuerdo a su contenido, fines y régimen jurídico, cuyo conocimiento nos ocupa.

1.2. Contratación Pública y Contratos Administrativos

La contratación, vista de manera general conlleva la idea de contrato, contrata, pacto, ajuste o convenio.

Históricamente la contratación tiene remotos orígenes, proviene probablemente desde que los hombres poniendo de manifiesto sus voluntades, convinieron en la realización de algo, en dar o dejar de hacer” es una institución exclusivamente individualista, e implica dos declaraciones de voluntad con diferentes propósitos, las mismas que intervienen después de un acuerdo en el que cada una de ellas está determinada por la otra”¹¹

En la moderna sociedad la contratación constituye la base de la circulación de todo tipo de mercancías, incluyendo la fuerza de trabajo.

Existen diferentes tipos de contratación, así: la contratación privada, la contratación pública, la contratación internacional, los pactos secretos entre naciones, etc.

A la sazón, para clarificar el concepto de contrato administrativo o público, también hemos de remitirnos, a continuación, al concepto de contratación pública, a su objeto, su causa y fin y, luego para diferenciar, al de contrato civilista.

La contratación pública, en forma concreta, puede ser concebida como todo procedimiento para la adquisición de bienes, ejecución de obra pública o prestación de servicios, incluidos los de consultoría.

¹¹GRANJA GALINDO, Nicolás, Op. Cit. Pág.321

El objeto de la contratación pública, por tanto, es la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios físicamente posibles, lícitos y morales

La causa de la contratación pública, vendría a ser el motivo que induce a la administración a contratar.

El fin que persigue la contratación pública no es otro que el de satisfacer una o varias necesidades de carácter colectivo y buscar el bienestar público o de la colectividad.

1.2.1. El Contrato Administrativo

“La Administración en su calidad de “persona jurídica” para satisfacer la prestación de servicios públicos, utiliza con frecuencia ciertos procedimientos que realizan los particulares en la vida privada, como los contratos “¹², dice el doctor Herman Jaramillo Ordóñez; y, Sayagués Laso dice: “la Administración pública no siempre obra en sentido unilateral, o sea, mediante actos administrativos, sino que, frecuentemente, llega también a un acuerdo con los particulares u otros entes públicos, por lo que, celebra actos bilaterales y plurilaterales de diferente naturaleza”¹³

Efectivamente sin la realización de estos contratos la administración de los negocios del Estado vendría ineficiente y hasta innecesaria, lo que incidiría negativamente en el desarrollo del país que requiere, en todas las épocas, la ejecución de obras públicas, orientadas a la satisfacción de las necesidades de los gobernados.

El Código Civil en el Art. 1454, por su parte, expresa que “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”.¹⁴

Se trata de un acuerdo de voluntades, entre dos o más personas con el objeto de crear entre ellas vínculos de obligaciones; este acuerdo, generalmente, se realiza mediante la escritura, salvo en algunos casos, como el ámbito laboral, en que puede darse cierto tipo de contrato tácito.

El diccionario jurídico OMEBA, in extenso, nos dice que “contrato administrativo es el celebrado entre la administración, por una parte, y un particular o empresa o por la otra,

¹² JARAMILLO ORDÓÑEZ, Herman, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Facultad de Jurisprudencia, UNL, Loja-Ecuador, 1992, Pág. 111

¹³ Citado por GRANDA GALINDO, Nicolás, Op. Cit. Pág. 322

¹⁴ CODIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y PROCEDIMIENTO CIVIL, sne, Quito-Ecuador, 2005, pág. 183.

para realizar una obra pública, explotar un servicio público u obtener la concesión de alguna fuente de riqueza dependiente de la entidad de derecho público. Esta contratación de voluntades desiguales, por su calidad pública y soberana la una, y privada y aun sometida en aspectos generales la otra, revela la flexibilidad de los vínculos contractuales, y anticipa la singularidad de esta contratación. Aun cuando en teoría, uno de los criterios para caracterizar los contratos administrativos consiste en recurrir a la doble personalidad de la administración. Con tal criterio esta como persona de derecho público celebra tales contratos, mientras queda sujeta al derecho común cuando actúa como persona de derecho privado. La construcción de una carretera origina un contrato administrativo.

Las finalidades de las obras, en contraposición a los demás fines se presenta a sí misma como nota peculiar de la contratación administrativa con la nota singular cuando de esta obra se trata, de que el contrato suele cambiar de texto jurídico y se conoce como contrata; si bien está también se estile en las relaciones privadas sobre todo, para construcción de casa cuyos planos se convienen con un empresario, y cuyo precio total se ajusta luego de estudiar el proyecto.

Otra nota de los contratos administrativos se encuentra en que la iniciativa corresponde casi exclusivamente a la administración, que además suele hacer oferta pública; la libertad del otro contratante se reduce a aceptarle íntegramente y a ofrecer el menor precio; si de un trabajo se trata, o la máxima cuota si de explotar alguna servicio o riqueza es el caso.”¹⁵

El contrato administrativo, por su finalidad se denomina también contrato público y por su procedencia contrato del Estado; y está constituido por un convenio entre las partes – Estado y particulares o personas jurídicas - que acarrea relaciones homotéticas, es decir, derechos y obligaciones, aunque en desigualdad de condiciones, entre los contratantes.

El contrato administrativo puede entenderse, además, como la declaración bilateral de voluntades, una de cuyas características es producir efectos jurídicos entre dos personas, una de las cuales debe necesariamente encontrarse ejerciendo la función administrativa, es decir, tener la calidad de persona jurídica de derecho público.

De manera sintética, contrato administrativo es todo convenio o acuerdo entre los órganos e entidades de la administración pública y los particulares.

Nicolás Granja Galindo a los contratos en los que participan entidades estatales los denomina Contratos de la Administración y no Contratos Administrativos, entendiéndolos

¹⁵Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo IV, Pág. 120

como: “un acto de declaración de voluntad común entre un órgano en ejercicio de la Función Administrativa y un particular, o bien, otro órgano en tal ejercicio, que produce efectos jurídicos.”¹⁶

Juzgamos que, con cierta independencia de su denominación, el contrato de la administración o administrativo, para ser tal, como condición primordial, debe ser efectuado por un órgano o entidad de la Administración Pública y debe estar dirigido a la ejecución de una obra o servicio públicos, esto es de interés colectivo o social.

Atendiendo a la finalidad pública, esta clase de contratos se rigen por leyes y reglamentos especiales.

Formalmente será contrato administrativo “aquel en el cual una de las partes es el Estado, a través de un órgano de la administración pública o de los organismos descentralizados o sociedades mercantiles de Estado. Los típicos contratos administrativos que señala la doctrina francesa, son los contratos de suministros y abastecimientos y el de obra pública.”¹⁷

En cuanto a la denominación de los contratos administrativos no existe uniformidad se los llama, indistintamente, de diferentes formas, así: contratos públicos, contratos del Estado, contratos de la función Administrativa, acuerdos administrativos, etc.

Pero de cualquier manera que se lo designe, el contrato administrativo o público constituye un acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de la función administrativa, que le competen con otro órgano administrativo o con un particular o administrado para satisfacer finalidades públicas.

El Art. 60 de la LOSNCP, caracterizando a los contratos que celebra sector público, dice: “Carácter de los contratos.- Los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son *contratos administrativos*.”¹⁸

El Art. 6 de la LOSNCP, en su numeral 12, especifica cuáles son esas “Entidades Contratantes”, cuando establece: “Entidades o Entidades Contratantes: Los organismos, las entidades o en general las personas jurídicas previstas en el Art. 1 de esta Ley.”¹⁹

¹⁶GRANJA GALINDO, Nicolás, PRÁCTICA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Ed. Jurídica del Ecuador, Quito-Ecuador, 2003, Pág. 127

¹⁷ACOSTA ROMERO, Miguel, DERECHO ADMINISTRATIVO ESPECIAL, Ed., México, 2001, vol. I, pág. 690

¹⁸LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Pág. 27

¹⁹Ibídem, Pág. 5

Estas personas administrativos jurídicas, podrán clasificarse de acuerdo con las siguientes categorías:

1. Entidades territoriales.
2. Entidades Institucionales (Establecimientos Públicos)
3. Entidades Semipúblicas.
4. Entidades de Utilidad Pública

En síntesis, contrato administrativo es aquel celebrado entre la Administración Pública, representada por el Estado, una entidad o empresa de derecho público y una persona particular, o persona jurídica privada o pública, en condiciones de desigualdad entre los contratantes, orientado a la satisfacción de necesidades públicas o colectivas.

Los presupuestos teóricos de los contratos administrativos, públicos o del Estado, pueden resumirse en los siguientes:

1. En relación con los sujetos, una de las partes debe ser forzosamente persona de derecho público;
2. Todo contrato administrativo debe contener cláusulas exorbitantes; y,
3. El objeto de todo contrato administrativo debe versar sobre cuestiones o funciones de interés público.

Los contratos administrativos están regidos por el derecho público y por un régimen jurídico único. En estricto sentido no existen contratos civiles de la Administración Pública, en principio son de derecho público y se encuentran sometidos a un régimen especial.

Analizando, el contrato administrativo o contrato público se constituye por un acuerdo o convenio entre las partes y origina relaciones jurídicas, es decir, derechos y obligaciones, pero en desigualdad de condiciones entre los contratantes.

1.2.2. Algunas Diferencias de los Contratos

Entre los contratos Administrativos o Públicos y los Contratos Privados, median algunas diferencias, que es necesario puntualizarlas:

Contratos Administrativos o Públicos

- Siempre una de las partes es la administración pública
- Tienen como objeto el interés público
- Se someten a un régimen procedimental de estricto cumplimiento

Pertenece al Derecho Público.

Contratos Privados

- Los contratantes son personas de Derecho Privado
- Tienen por objeto el interés particular
- En el contrato las condiciones las imponen las partes
- Pertenece al Derecho Privado

Como es fácil advertir el contrato administrativo no está regido por el Derecho Civil o Común, como el Código Civil y demás leyes comunes, sino por el derecho público o administrativo. En la República del Ecuador estos contratos, están regidos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, que produjo la unificación de la legislación de contratación pública en un solo cuerpo normativo, evitando así la dispersión preceptiva imperante con anterioridad, además de modernizar el sistema de compras públicas, mediante la introducción de herramientas tecnológicas para los procedimientos precontractuales, estableciendo nuevas figuras y definiciones jurídicas.

En tratándose de las partes intervinientes en los contratos administrativos o públicos, como ya lo dejamos expresado, una de ellas debe ser la Administración Pública, ya sea ésta el Estado o una entidad o empresa de derecho público y la otra parte puede ser también otra entidad o empresa pública o un particular regido por el Derecho Común.

1.2.2.1. Principios de los Contratos Públicos

Son varios los principios que regulan la contratación pública de ordinario, entre los que podemos señalar los siguientes: legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.

Legalidad

Este principio conocido como el de habilitación legal previa se encuentra establecido en el Art 226 de la Constitución de la República del Ecuador y consiste en que todas las actuaciones en los procedimientos precontractuales y contractuales deben estar estrictamente sujetas a las disposiciones legales de la materia, esto es a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública el Reglamento General y las Resoluciones que emite el Instituto Nacional de Contratación Pública, INCOP, actualmente Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP.

Trato justo e igualdad

Este principio se orienta a que la administración pública debe dar trato igualitario a todos los oferentes de un procedimiento precontractual, así, por ejemplo, el Reglamento General de la LOSNCP, en el inciso cuarto del Art. 20, establece que: “Los Pliegos no podrán afectar el trato igualitario que las entidades deben dar a todos los oferentes ni establecer diferencias arbitrarias entre éstos...”²⁰

Calidad:

El Art. 227 de la Constitución de la República fija que: “La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”²¹ y el Art. 288 establece que: “Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social...”²²; es decir que el principio general de control de calidad en la administración pública, constituye un mandato constitucional y debe cumplirse, de manera potestativa, en todo cuanto tiene relación con el servicio de la contratación pública.

El Art. 20 del Reglamento General de la LOSNCP, en su inciso tercero establece que: “En la determinación de las condición es de los pliegos, la Entidad contratante deberá propender a la eficacia, eficiencia, calidad de la obra, bienes y servicios que se pretende contratar y ahorro en sus contrataciones”²³.

Vigencia tecnológica

Por este principio la administración pública en todas sus contrataciones debe establecer procedimientos precontractuales acordes con los avances tecnológicos de la humanidad.

Del mismo modo debe este principio debe aplicarse a los procesos de contratación. Así, por ejemplo, los procedimientos precontractuales en la actualidad se tramitan virtualmente, a través del denominado portal de compras públicas (www.compraspublicas.gov.ec).

Oportunidad

²⁰REGLAMENTO GENERAL DE LA LOSNCP, Suplemento del Registro Oficial 588 de 12-V-2009, pág. 7

²¹ CONSTITUCIÓN 2008, Publicación Oficial de la Asamblea Constituyente, pág. 117

²² CONSTITUCIÓN 2008, pág.141

²³ REGLAMENTO GENERAL DE LA LOSNCP, pág. 7

Resulta obvio que una ágil, eficiente y eficaz contratación pública debe regirse por el principio de oportunidad que no significa sino que los procedimientos precontractuales, deben ser ágiles y oportunos.

Concurrencia

La administración pública de ordinario debe observar estrictamente este principio, permitiendo en los procedimientos precontractuales el mayor número de oferentes posibles.

Fácilmente se puede comprender que mientras mayor número de oferentes participen en un procedimiento contractual, existirá una mayor posibilidad de contar con ofertas convenientes para la administración.

Transparencia

El principio constitucional de transparencia de observancia obligatoria para toda la administración pública, debe ser observado en los procesos precontractuales y contractuales de la administración pública para permitir a la ciudadanía conocer y llevar el control social de todos los procedimientos.

En esta dirección el portal manejado por el INCOP constituye un buen avance para efectivizar el principio de transparencia, el mismo que debe ser complementado con la información que fuere requerida por cualquier ciudadano o ciudadana ecuatorianos.

Publicidad

Este principio obliga a que todos los procedimientos precontractuales y contractuales sean de dominio público, lo cual puede garantizarse con la publicación en el portal de compras públicas, de todas las contrataciones incluyendo las de ínfima cuantía.

Participación nacional

La participación de personas naturales o jurídicas nacionales en los procesos precontractuales y contractuales públicos aparte de ser un principio es una exigencia que debe ser observada estrictamente, puesto que ello supone el empleo, la generación de mano de obra y riqueza nacional.

Por eso debe preferirse a los proveedores nacionales sobre los extranjeros para lo cual el mismo Reglamento General de la LOSNCP, en su Art. 20, dispone que en los liegos no se

exigirán” especificaciones, condicionamientos o requerimientos técnicos que no pueda cumplir la industria nacional, salvo justificación funcional.”²⁴

Los proveedores nacional tiene cierta preferencia, más sin son micro o pequeñas empresas.

1.2.2.2. Algunos contratos exentos del sistema de contratación pública:

La LOSNCP, prevé, por excepción, la celebración de algunos contratos, sin sujetarse a las regulaciones de la misma, así. Adquisición de fármacos: los calificados por el Presidente de la República como necesarios para la seguridad interna y externa del estado cuya ejecución está a cargo de la Fuerza Pública. Ejecución de actividades de comunicación social destinada a informar la labor gubernamental, Servicio de Asesoría y Patrocinio de Materia Jurídica. Ejecución de obra artística literario o científica. Adquisición de repuestos para la reparación de maquinarias. Transporte de correos internacionales e internos,

1.3. Prerrogativas Contractuales

“En la celebración misma del contrato (administrativo) el Estado se convierte en “parte”, que lo pone en un cierto pie de igualdad con el contratista. Lo somete, como se ha visto, a normas generales de interpretación del derecho civil “²⁵ manifiesta el doctor Efraín Pérez Camacho; sin embargo, el contrato público, por su propia naturaleza de provenir de un órgano del Estado y por su finalidad social, no se celebra en igualdad de condiciones jurídicas entre las partes, situación que diferencia a éste del contrato regido por el Derecho Civil, pues existen en él las cláusulas exorbitantes, aquellas que benefician a la entidad administrativa contratante cuando el interés social está de por medio, a pesar de constituir un perjuicio para la contratista. En este sentido, la Administración Contratante además puede ejercer su derecho de modificar unilateralmente cualquier cláusula del contrato, siempre que se presenten las siguientes condiciones:

- a) Que exista una necesidad pública cuya solución se dará solamente con modificar los términos originales del contrato; y,
- b) Que se reconozca al contratista los gastos no presupuestados en los que ha tenido que incurrir debido a los cambios en la ejecución del contrato.

²⁴ REGLAMENTO GENERAL DE LA LOSNCP, pág. 7

²⁵ PÉREZ CAMACHO, Efraín, Dr. DERECHO ADMINISTRATIVO, Corporación de Estudios y Publicaciones, 28, vol. 2, 2006, Pág. 818

Con todo, los contratos que celebra el Estado con los particulares, poseen algunas características, así: son onerosos, puesto que ambas partes reciben beneficios o cambio de una contraprestación.

Son contratos de adhesión porque es la Administración Pública, o sea la contratante, quien formula las condiciones anteriores, concomitantes y posteriores del contrato y el contratista sólo debe ceñirse a ellas acatándolas.

Son contratos solemnes porque se debe observar ciertas formalidades y formalismos para su completa validez.

Y, son "intuitu personae".

La intuitu personae hace relación a la exigencia para la ejecución del objeto del contrato por el propio contratado o contratista.

De manera ordinaria, en la contratación pública, la contraparte, esto es los particulares, no pueden realizar, por concepto alguno, la transferencia de los derechos y obligaciones contractuales; se encuentra prohibida la cesión de los mismos, a un tercero o la subcontratación. Tales prohibiciones existen por si mismas porque son inherentes a la esencia de este tipo de contratos, de donde, no es necesario encajarlos en ellos.

1.4. El Régimen de Garantías en la Administración Pública

En términos generales, garantía es sinónimo de caución, tutela, amparo, protección jurídica, también corresponde a la fianza o prenda que se rinden para asegurar el cumplimiento de una obligación o simplemente se refiere a una cosa que asegura y protege contra un eventual riesgo o necesidad.

En relación con las garantías en la contratación pública, Benjamín Herrera, dice: "son una relación extracontractual entre el Estado y una compañía de seguros que, dentro de la actividad, contrata con un tomador que se llama contratista, la adopción de un riesgo, siendo el Estado beneficiario"²⁶

De otro modo, entendemos que constituyen garantías en la contratación pública, todas las cauciones que el Estado exige a sus contratantes para asegurar el puntual y exacto cumplimiento de las obligaciones que éstos asumen por el contrato, asumiendo la finalidad

²⁶Citado por PÉREZ, Antonio José, et. al., en MANUAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, cep, Quito-Ecuador 2011, Pág.329

superior de satisfacción de las necesidades de la comunidad a través de la obra cuya ejecución se trata.

Unos administrativistas sustentan que la cláusula de garantía es un elemento que integra la naturaleza misma del contrato administrativo, en virtud de la completa generalidad con la que se la inserta en ellos.

Otros, en cambio, sostienen que la garantía constituye un contrato accesorio que se realiza mediante una variada gama de obligaciones y contratos: el seguro, la fianza, la prenda, los títulos de crédito, la hipoteca, el depósito, etc., cada uno de los cuales considerado independientemente de su accesorialidad, tiene una fisonomía propia, muy diferente de aquella. En consecuencia, unas son las características de las garantías como contrato accesorio del principal al que acceden, y otras muy diferentes de las notas que conforman el perfil específico de la obligación que se utilizó como garantía. Por ejemplo, el seguro como tal, es un contrato principal, solemne, bilateral, oneroso y aleatorio; sin embargo, cuando mediante una póliza de seguros se instrumenta una garantía de anticipo, dicho seguro se convierte en un contrato accesorio, solemne, unilateral y gratuito. Otro ejemplo: la fianza personal solidaria es un contrato consensual, pero cuando la administración pública acepta esta garantía, el contrato se torna solemne.

La nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada y promulgada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395, del 4 de agosto del 2008, cuya última modificación se realizó el 14 de octubre del 2013, introdujo varios cambios a los procedimientos de contratación, mismos que ocasionan algunos inconvenientes en su aplicación hasta acostumbrarnos a ellos, así tenemos, lo relacionado a las formas y tipos de garantías, las cuales se presentan en las etapas precontractual y contractual de los contratos administrativos que se celebren con instituciones y entidades públicas, sujetas a la mencionada Ley.

1.4.1. Tipos de Garantías

De manera general la ley exige que al momento de la suscripción de los contratos públicos, los contratistas otorguen las garantías que correspondan, según el caso, así garantía técnica de ciertos bienes, establecida en el Art. 76 de la LOSNCP, la garantía de fiel cumplimiento contemplada en el Art. 74 de la LOSNCP o la garantía de anticipo fijada en el Art. 75 de la LOSNCP.

1.4.1.1. Garantía técnica para ciertos bienes

En los contratos de adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinaria o vehículos, o de obras que contemplen aquella provisión o instalación, para asegurar la calidad y buen funcionamiento de los mismos, se exigirá, además, al momento de la suscripción del contrato y como parte integrante del mismo, una garantía del fabricante, representante, distribuidor o vendedor autorizado, la que se mantendrá vigente de acuerdo con las estipulaciones establecidas en el contrato.

Estas garantías son independientes y subsistirán luego de cumplida la obligación principal. De no presentarse esta garantía, el contratista entregará una de las previstas en esta ley por igual valor del bien a suministrarse, de conformidad con lo establecido en los Pliegos y en el contrato.

1.4.1.2. Garantía de fiel cumplimiento

Con la finalidad de asegurar el fiel o cabal cumplimiento de los términos estipulados en el contrato, y para responder por las obligaciones que contrajeran a favor de la entidad contratante o de terceros, relacionadas con el contrato, el adjudicatario, antes o al momento de la firma del contrato, rendirá garantías por un monto equivalente al 5 %, cinco por ciento, del valor de aquél.

En los contratos de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo, esta garantía se constituirá para garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones contraídas a favor de terceros y para asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, asegurando con ello las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al proveedor.

En los contratos de obra o en la contratación de servicios no normalizados, si la oferta económica corregida fuese inferior al presupuesto referencial en un porcentaje igual o superior al diez (10%) por ciento de éste, la garantía de fiel cumplimiento deberá incrementarse en un monto equivalente al veinte (20%) por ciento de la diferencia entre el presupuesto referencial y la cuantía del contrato. Tales cauciones podrán constituirse mediante la entrega de las garantías contempladas en los numerales: 1, 2; y, 5 del artículo 73.

La LOSNCP en el Art. 74, establece que sólo en dos casos específicos no se exigirá este tipo de garantía:

1.-En los contratos de compraventa de bienes inmuebles y de adquisición de bienes muebles que se entreguen al momento de efectuarse el pago.

2.-En los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0,000002 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; es decir USD. 72.364,00 dólares, producto de multiplicar el coeficiente 0,000002 por 37.317.000.000 que es el Presupuesto Inicial del Estado para el año 2015, cuantía que no tendría que rendir la garantía de fiel cumplimiento, lo que constituye un verdadero problema, cuanto porque puede dar lugar a “pequeños contratos” como significa una desprotección para las inversiones que realiza el Estado, a través de los procesos de contratación pública, más todavía si con cargo a la garantía de fiel cumplimiento se podrá efectivizar las multas que le fueren impuestas al contratista.

1.4.1.3. Garantía por anticipo

Si en razón de la forma de pago determinada en el contrato, la entidad contratante debiera otorgar anticipos de cualquier naturaleza, sea en dinero, giros a la vista u otra forma de pago, el contratista para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por igual valor del mismo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios. Las cartas de crédito no se considerarán anticipo si su pago está condicionado a la entrega - recepción de los bienes u obras materia del contrato.

El monto del anticipo lo regula siempre la entidad contratante en consideración de la naturaleza de la contratación.

Cualquiera de estas garantías entrará en vigencia a partir de la entrega recepción del bien.

1.5. Las garantías en la teoría de la cláusula exorbitante

Cuando hicimos mención a los contratos administrativos, celebrados por la administración pública, señalamos que éstos poseen una dominante y determinante finalidad social, por lo que se da el caso de la existencia de cláusulas exorbitantes del Derecho Privado que colocan en una situación de superioridad y ventaja a la entidad contratante en relación con los particulares.

Para una mejor claridad, es preciso recordar que en estos contratos es el interés público el que prevalece frente a los intereses de los particulares, por lo que tanto el principio de la autonomía de la voluntad, así como el de igualdad jurídica de las partes se subordinan a la administración de carácter público, por lo que, esta aparece investida de una condición de

superioridad y privilegio que son una consecuencia de las llamadas cláusulas exorbitantes del derecho común, y que se aplican a la interpretación, modificación y resolución del contrato.

Allan R. Brewer-Carías, en relación con las cláusulas exorbitantes dice que "... no son estipulaciones contractuales sino que son manifestaciones del poder de acción unilateral propio de la administración, relacionadas con la posibilidad de adoptar decisiones unilaterales relativas a la dirección, interpretación, incumplimiento, sanción, modificación unilateral y extinción ... y provienen de los poderes de acción unilateral de la administración como gestora del interés público, por ello en general, no necesitan estar pactadas expresamente y se toman por medio de actos administrativos que gozan tanto de privilegio de la ejecutoriedad, sin perjuicio de que sobre ellos se ejerza un control de legalidad por el juez administrativo."²⁷

Las cláusulas exorbitantes en el sistema de contratación pública, constituyen una facultad privativa de la Entidad Contratante y en base de ella es que se produce esta forma de terminación extraordinaria, fuera de lo normal, del contrato administrativo.

La teoría de las cláusulas exorbitantes hace mención a las estipulaciones creadoras de privilegios de la administración que rompen el principio de igualdad jurídica de las partes en la contratación, de tal modo que de figurar en un contrato de derecho privado estarían afectadas de nulidad e incluso incidirían en el mismo sentido sobre la totalidad del contrato.

Se denominan cláusulas exorbitantes, porque esencialmente tienen la prerrogativa de modificar unilateralmente el contrato.

Destacando la importancia de las cláusulas exorbitantes, la Dra. Mercedes Bohórquez de Sevilla, expresa: "La teoría de la cláusula exorbitante es la base jurídica en la cual se fundamentan las garantías, que afianzan los contratos celebrados por la administración pública "²⁸, planteamiento que es el fundamento de las garantías en nuestra legislación sobre contratación pública.

Es tal la importancia y el poder que tienen las cláusulas exorbitantes en la contratación pública que conceden el control total y excepcional del contrato a la Entidad Estatal,²⁹

²⁷Citado por César Omar Pinilla Marciaga en LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO en Revista Debate, Pág. 127.

²⁸BOHÓRQUEZ de SEVILLA, Mercedes, LAS GARANTÍAS en la contratación pública, EDINO, Quito-Ecuador, 1992, Pág. 35

²⁹LOPEZ, William, TRATADO DE CONTRATACION PUBLICA, Ediciones Jurídicas del Ecuador, 1er Tomo, Quito-Ecuador, 2000, Pág. 100

permitiéndole ora modificar unilateralmente las cláusulas ora terminar unilateralmente el contrato.

La LOSNCP contempla como cláusulas exorbitantes, la “terminación unilateral y anticipada del contrato y el derecho de declarar por acto administrativo el incumplimiento de los contratistas, previa a la ejecución de las garantías que se hubieren rendido.”³⁰

Algunos tratadistas sostienen que un contrato es administrativo únicamente cuando contiene cláusulas exorbitantes que, en doctrina pueden ser virtuales o implícitas y expresas o formales.

Las cláusulas exorbitantes tienen por características las siguientes:

- a.- Se constituyen como un efecto que rompe la igualdad jurídica de las partes contratantes, principio que obligatoriamente debe observarse en los contratos privados.
- b.- De pactarse entre particulares dichas cláusulas generarían la nulidad del contrato por ilicitud del objeto, que es contrario a derecho.

Las cláusulas exorbitantes, reiteramos finalmente, son aquellas que están fuera de la órbita normal del derecho privado, ya sea porque son injurídicas al espíritu de las normas civiles. No son usuales en el derecho privado, empero sí le facultan a la administración pública a realizar ciertos actos de control excepcional en el contrato, tales como, determinar el monto de la garantía, modificar unilateralmente las cláusulas del contrato; declarar por sí y ante sí, rescindido o extinguido el contrato, dar instrucciones a la contraparte; imponer sanciones contractuales, quedar exenta de responsabilidad por mora en los pagos; modificar unilateralmente el contrato, etc.

Se señala en la doctrina que es típico de los contratos administrativos el que contengan cláusulas exorbitantes, es decir, en las cuales la administración pública tiene una serie de derechos que en cierta forma terminan con el principio tradicional de Derecho Civil de igualdad de las partes en un contrato; esas cláusulas son por ejemplo, en el contrato de obra, las de las especificaciones y planos que se imponen al contratista, la suspensión de las obras y modificación de las mismas sin indemnización, la cláusula de rescisión unilateral, así como las que establecen la intervención de órganos de la administración pública.³¹

³⁰PÉREZ CAMACHO, Efraín, Dr. DERECHO ADMINISTRATIVO, Corporación de Estudios y Publicaciones, 28 vol.2, Quito-Ecuador, 2006, Pág.744

³¹ACOSTA ROMERO, Miguel, DERECHO ADMINISTRATIVO ESPECIAL, 4ª. Ed. México, 2001, vol., I, Págs. 692 y 693

En relación con las garantías, las cláusulas exorbitantes facultan al Estado como entidad contratante a elegir la forma de las mismas, determinar su monto y finalmente a la ejecución para el cobro de las garantías, previa la notificación por escrito de incumplimiento del contrato.

1.6. Características de las garantías otorgadas en el sector público

Las garantías otorgadas a favor del Estado, son particulares del Derecho Administrativo y tienen las siguientes características: Unilaterales, accesorias, consustanciales, preferentes, inembargables, independientes, incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato.

Unilaterales

Son unilaterales toda vez que la elección de la forma queda a discreción de la entidad contratante, conforme lo dispone el Art. 117 del Reglamento General.

Accesorias

Las garantías son accesorias toda vez que siguen el camino de la obligación principal que garantizan.

Consustanciales

Dado que su existencia es propia, exclusiva, del procedimiento administrativo de la contratación pública.

Preferentes

La entidad contratante, el Estado o cualquiera de sus instituciones públicas, tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título en que funde su pretensión, para hacer efectiva la garantía.

Inembargables

Las garantías dadas por el contratista en la celebración de un contrato público no pueden embargarse por concepto alguno, es decir se encuentran excluidas de la constitución de este gravamen.

Independientes

Toda vez que no se admiten garantías indeterminadas pues debe constituirse en forma independientes para cada contratación.³²

Incondicionales

El Art. 1489 del Código Civil consigna: "Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no"³³.

La incondicionalidad de la garantía en la contratación pública, está referida, más bien, a la forma como ejecutarla caución una vez producido el evento de incumplimiento de la obligación principal por parte del oferente o contratista; es en esta fase y no en otra en la que no caben las condiciones: bastará la declaración del representante de la entidad contratante, indicando que se ha producido el incumplimiento, para que la garantía se torne exigible.

En suma, la incondicionalidad consiste en la inadmisibilidad de alegar un supuesto, situación o causa que dilate o niegue el desembolso o pago de la garantía.

Irrevocables

La irrevocabilidad conlleva la imposibilidad del emisor de revocarla por su propia voluntad una vez rendida, puesto que es inapelable, de tal manera que constituya un compromiso firme, el cual brinde la seguridad necesaria para garantizar los intereses del Estado. Por esta razón, es indispensable que las condiciones generales y especiales, que constan en los modelos de pólizas de seguros, utilizados para emitir las garantías, no contravengan la incondicionalidad exigida por la LOSNCP. La irrevocabilidad no permite la posibilidad de que sea retirada, declarada insubsistente o dejada sin efecto una vez rendida y sólo termina cuando se cumple la obligación principal.

De cobro inmediato

El cobro inmediato supone que la caución debe ser cancelada inmediatamente después de su requerimiento por parte de la entidad contratante.

³² LOPEZ, William, Op. Cit. Pág. 153

³³ CODIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y PROCEDIMIENTO CIVIL, sne, Quito-Ecuador, 2005, Pág. 187

Para la efectivización de las garantías el Estado tiene trato preferencial sobre cualquier otro acreedor, cualquiera que se la naturaleza del mismo y el título en que se funde su pretensión.

CAPITULO II: FORMAS DE GARANTÍAS

2.1 Garantías exigidas por el Art. 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

De acuerdo al artículo 73 de esta ley, las garantías podrán realizarse dentro de cualquiera de las siguientes formas:

- 1. Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato**, otorgada por un banco o institución financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos;
- 2. Fianza** instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país;
- 3. Primera hipoteca de bienes raíces**, siempre que el monto de la garantía no exceda del sesenta por ciento del valor del inmueble hipotecado, según el correspondiente avalúo catastral correspondiente; y,
- 4. Depósitos de bonos del Estado**, de las municipalidades y de otras instituciones del Estado, certificaciones de la Tesorería General de la Nación, cédulas hipotecarias, bonos de prenda, Notas de crédito otorgadas por el Servicio de Rentas Internas, o valores fiduciarios que hayan sido calificados por el Directorio del Banco Central del Ecuador. Su valor se computará de acuerdo con su cotización en las bolsas de valores del país, al momento de constituir la garantía. Los intereses que produzcan pertenecerán al proveedor.
- 5. Certificados de depósito a plazo**, emitidos por una institución financiera establecida en el país, endosados por valor en garantía a la orden de la entidad contratante y cuyo plazo de vigencia sea mayor al estimado para la ejecución del contrato.

No se exigirán las garantías establecidas por la presente ley para los contratos referidos en el número 8 del artículo 2.

Las garantías otorgadas por bancos o instituciones financieras y las pólizas de seguros establecidas en el literal 1 y 2 del presente artículo, no admitirán cláusula alguna que establezca trámite administrativo previo, bastando para su ejecución, el requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía. Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita.³⁴

La actual Ley no prevé como forma de garantía el "Depósito en moneda de plena circulación en el país, en efectivo o en cheque certificado que se consignará en una cuenta especial a

³⁴ LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

la orden de la entidad contratante, en el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, cuyos intereses a la tasa pasiva fijada por el Directorio del Banco Central del Ecuador para las cuentas de ahorro en dicho banco, pertenecerán al oferente o al contratista”; y, en su lugar, posibilita la presentación de “certificados de depósito a plazo, emitidos por una institución financiera establecida en el país, endosados por valor en garantía a la orden de la entidad contratante y cuyo plazo de vigencia sea mayor al estimado para la ejecución del contrato.”

Otra diferencia que establece la actual LOSNCP, en relación con la legislación anterior, sobre todo para las entidades públicas, es que las garantías o pólizas, no admitirán cláusula alguna de trámite administrativo previo, por lo que el asegurado únicamente requerirá por escrito su ejecución; y, la aseguradora o entidad bancaria o financiera inmediatamente la efectivizará.

Régimen de Excepción para presentación de garantías

La LOSNCP establece como excepción para la constitución de garantías los siguientes casos: Contratos de compraventa de bienes inmuebles o bienes muebles, cuando a entrega del bien sea inmediatamente contra el pago, cuando la cuantía sea inferior a 4.790,75 y la contratación mediante Régimen Especial.

2.2 Las Garantías comúnmente utilizadas

De las formas de garantías que establece el Art. 73 de la LOSNCP, las más utilizadas son:

- La Póliza de Seguros
- La Garantía Bancaria
- Garantías emitidas por las compañías financieras

2.3 La Póliza de Seguros

El contrato de seguro, es aquel por el cual una persona – al asegurador – se compromete a indemnizar a otra – el asegurado – por la pérdida que éste sufra a consecuencia de determinado evento, a cambio de una prima.

El perfeccionamiento del contrato de seguro depende de un documento que contiene y regula las relaciones entre asegurador y asegurado recibe el nombre de Póliza.

Al respecto el Art. 6 del Decreto Supremo 1147, dice: “El contrato de seguro se perfecciona y prueba por medio de un documento privado que se extenderá por duplicado y se haragán constar los elementos esenciales. Dicho documento se llama Póliza”.

La póliza debe contener los siguientes datos:

- Nombre y domicilio del asegurador
- Nombre y domicilio del solicitante, asegurado o beneficiario
- Calidad en la que actúa el solicitante
- Identificación precisa de las personas o cosa a contratar
- Vigencia del contrato
- El monto asegurado o la forma de calcularlo
- La prima o el modo de calcularla
- La naturaleza de los riesgos tomados a su cargo por el asegurador
- La fecha en que se celebra el contrato y la firma de los contratantes
- Las cláusulas de acuerdo a las disposiciones legales-

El contrato de seguro de póliza se inicia con una solicitud del proponente al asegurador, que es libre de aceptarla o rechazarla. Una vez que la oferta ha sido definitivamente aceptada se redacta la póliza, que entra en vigencia desde la fecha en ella establecida.

El contrato de seguro es bilateral, oneroso, principal conmutativo y aleatorio.

En todo contrato de seguro hay una contraprestación: el asegurado debe pagar una prima por la cobertura del riesgo, y el asegurador se hace cargo de las pérdidas y el riesgo que ocasione.

2.4 La Garantía Bancaria

La garantía bancaria básicamente se fundamenta en la emisión de un documento incondicional, irrevocable y de pago inmediato, en el cual el Banco se compromete a honrar el valor establecido a su beneficiario, si el ordenante no cumple el compromiso garantizado.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, asimila la garantía bancaria y la póliza de seguro con iguales características, al señalarse en el art. 73) a la Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o compañía financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos; con la fianza instrumentada en una póliza de seguro.

La misma que debe tener el carácter de ser “incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país.

Las garantías bancarias se dividen en dos grandes tipos: Reales y Personales.

Personales

Se presta un compromiso de la persona o personas que avalan/garantizan para el caso que el deudor principal de la operación no cumpla con sus obligaciones serán los avalistas los que tendrán que hacer frente a ella. **Lo hacen con sus bienes presentes y futuros.**

Las personas pueden ser físicas (individuos) y jurídicas (empresas). Los avalistas suelen ser solidarios porque cada uno de ellos responde del total de la deuda independientemente del número que sean.

Reales

La garantía se hace sobre bienes tangibles. Hay dos grandes grupos de garantías reales: hipotecaria y pignoración o prenda.

Hipoteca:

La garantía bancaria se constituye sobre un bien inmueble.

Entre los bienes habituales que se suelen utilizar para esta forma de garantía se encuentran los siguientes:

1. Vivienda habitual
2. Segunda residencia

3. Vivienda en construcción
4. Inmuebles de negocio: locales de comerciales y oficinas
5. Naves
6. Parkings
7. Suelo urbanizable
8. Suelo rústico

Pignoración o prenda: dos tipos

1. El bien que ofrecemos en la garantía bancaria es **mueble**

- existencias,
- mobiliario,
- maquinaria

2. El bien que ofrecemos en garantía bancaria son **derechos**

- | | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <ul style="list-style-type: none">• saldos en cuentas corrientes,• depósitos plazo,• acciones,• fondos de inversión,• contratos de servicio, | <ul style="list-style-type: none">• de venta,• de alquiler,• derechos de concesiones |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

FORMATO "B"

MODELO DE GARANTIA BANCARIA DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO

Quito,

Señores:

ENTIDAD CONTRATANTE

Ciudad.-

Ref.: Garantía Bancaria No.

Por el presente documento [Nombre del Banco], otorga esta garantía bancaria incondicional, irrevocable y de cobro y pago inmediato, renovable a pedido de Entidad Contratante, por cuenta y orden de [Contratista], hasta por el valor de US\$ [Valor], para garantizar el fiel cumplimiento de contrato para [Objeto del Contrato].

Esta Garantía Bancaria será pagada al beneficiario Entidad Contratante, a la presentación de una comunicación escrita firmada por el Gerente General o por un servidor delegado por éste, indicado que nuestro garantizado no ha cumplido con el buen uso del anticipo otorgado en el referido contrato.

Dejamos constancia que esta Garantía no tiene relación con ningún otro instrumento, acto, documento o contrato por esta razón o por otras existentes entre el beneficiario y nuestro garantizado y en el evento de que existan dichos instrumentos, actos, documentos o contratos no lo modifican enmiendan o amplían y por lo tanto [Nombre del Banco], no tiene ninguna responsabilidad legal ni de otro tipo que no sean las expresamente estipuladas en este documento.

Esta garantía bancaria tiene validez por un período de [Días] días, contados a partir del [Fecha] hasta [Fecha], inclusive; transcurrido dicho periodo la presente garantía bancaria caducará y cesarán simultáneamente las obligaciones asumidas por el [Nombre del Banco], aun cuando el original del presente documento no nos fuese devuelto.

Esta garantía será renovada por iguales monto, plazo, condiciones generales y particulares a solicitud expresa y escrita de Entidad Contratante, a costo del contratista las veces que sean necesarias, dentro de los quince (15) días antes del vencimiento.

Esta Garantía tanto para su presentación como para su cobro se regirá por la Ley General de Bancos y la Ley Orgánica del sistema Nacional de Contratación Pública en lo que fuere aplicable.

Atentamente,

Firma Autorizada.

2.5 Garantías emitidas por las compañías financieras

El certificado de depósito consiste en aquel depósito que efectúa el socio o cliente de una Entidad Financiera, a un periodo de tiempo no menor de treinta y un días, mismo que se instrumenta mediante un Certificado de Depósito a Plazo, el cual genera una rentabilidad o interés periódico o al vencimiento de acuerdo al capital ahorrado.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, equipara el certificado de depósito a plazo a la garantía que debe presentar un contratista para garantizar, ya sea el fiel cumplimiento del contrato o la entrega de un anticipo, pero establece tres condicionantes: a) Debe endosarse por valor en garantía a la orden de la entidad contratante; b) La entidad financiera que emite el referido certificado debe estar establecida en el país; y, c) El plazo de vigencia del certificado debe ser mayor al estimado del respectivo contrato; cumplidos estos tres requerimientos la entidad contratante está en la potestad de recibir el certificado de depósito a plazo, como garantía en los contratos que rige la LOSNCP.

“Endoso:

2. m. Mensaje que para endosar una letra u otro documento a la orden se escribe en su respaldo o dorso.

Endosar

1. tr. Ceder a favor de alguien una letra de cambio u otro documento de crédito expedido a la orden, haciéndolo así constar al respaldo o dorso.”³⁵

Para que el certificado de depósito sea aceptado por la entidad contratante, el endoso deberá contener la expresión “valor en garantía” lo cual facultará al beneficiario del endoso ejercer todos los derechos que se deriven del mismo.

³⁵DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Recuperado de <http://lema.rae.es/drae/?val=endoso> el 23 de abril de 2015.

FORMATO "C"

MODELO DE CERTIFICADO DE DEPÓSITO

(Tasa Fija)

NOMINATIVO

011POL012822885

OFICINA:	MATRIZ	SOCIO O CLIENTE:	215
POR:	3,309.21 DÓLAR	PAGO DE INTERÉS:	AL VENCIMIENTO
EMISIÓN:	ABRIL 16 de 2015	VENCIMIENTO:	AGOSTO 17 de 2015
INTERÉS NOMINAL:	6.30 % ANUAL	INTERÉS EFECTIVO:	% ANUAL

La Cooperativa de Ahorro y Crédito Vicentina "Manuel Esteban Godoy Ortega" Ltda., CoopMego, emite el presente Certificado de Depósito a PLAZO de conformidad con lo dispuesto en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero a favor de:

.....

Por la cantidad de: TRES MIL TRESCIENTOS NUEVE CON 21/100 DOLARES AMERICANOS a 123 días plazo, el mismo que devengará el SEIS CON 30/100 % de interés anual desde la presente fecha hasta su vencimiento, en que la Cooperativa devolverá contra la presentación del original de este documento, el capital recibido, más el interés correspondiente, con sujeción a las estipulaciones que constan al reverso.

El depósito o inversión representado en este instrumento se halla protegido por el seguro de depósitos, en la forma y en el monto establecidos por la ley y con las excepciones contempladas en la propia ley. La Corporación del Seguro de Depósitos es aseguradora de los depósitos hasta la cobertura vigente, por persona natural o jurídica, salvo las excepciones establecidas en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, reformada por la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera y demás normativa aplicable.

Firma Autorizada

LIQUIDACIÓN AL VENCIMIENTO

CAPITAL	3,309.21 DÓLAR
INTERÉS A GANAR (+)	70.26 DÓLAR
IMPUESTO (-)	1.41 DÓLAR
TOTAL A PAGAR (=)	3,378.06 DOLAR

TÉRMINOS Y CONDICIONES

En el lugar y fecha indicados en el anverso de este documento, el (los) TITULAR (ES) consiente (n) en declarar expresamente lo siguiente:

1. El (los) TITULAR (ES) entrega (n) a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Vicentina “Manuel Esteban Godoy Ortega” Ltda., CoopMego, (en adelante “Cooperativa”), en depósito, fondos suyos, por el monto, plazo y con las demás condiciones constantes en el anverso de este instrumento.

2. En el caso de que dos o más personas consten como TITULARES de este depósito a plazo y el presente documento se haya emitido, al anverso, bajo la modalidad “y”, para el pago por parte de la COOPERATIVA se requerirá de la concurrencia de todos los TITULARES.

En este caso para que el presente documento o título representativo del depósito a plazo pueda ser enajenado o gravado, serán necesarios el consentimiento y la intervención de todos sus titulares o beneficiarios.

3. En el caso de que dos o más personas consten como TITULARES de este depósito a plazo y el presente documento se haya emitido, al anverso, bajo la modalidad “O”, la COOPERATIVA podrá efectuar el pago a favor de cualquiera de sus TITULARES.

En este caso para que el presente documento o título representativo del depósito a plazo pueda ser enajenado o gravado, será necesario el consentimiento y la intervención de cualquiera de sus titulares o beneficiarios.

4. En caso de pérdida, destrucción o sustracción del presente documento, el (los) TITULAR (ES) deberá(n) notificar inmediatamente del hecho a la COOPERATIVA y cumplir con todos los requisitos para la sustitución o el pago.

5. El plazo forzoso de vigencia del presente depósito a plazo es el indicado en el anverso del presente documento. A partir de su fecha de vencimiento el presente Certificado dejará de ganar intereses.

6. La COOPERATIVA pagará el valor nominal del presente Certificado de Depósitos a Plazo Fijo (y sus intereses si corresponde), en la fecha de vencimiento señalada en el anverso de este documento, contra la entrega de su original; y actuará, además como agente de retención de impuestos, en los casos, montos y condiciones que disponga la legislación ecuatoriana vigente y aplicable.

7. En el caso de mantener en la COOPERATIVA deuda(s) en mora o de plazo vencido, directa(s) o indirecta(s), autorizo (amos), a la misma, para que la(s) compense con los valores contenidos en este Certificado de Depósito a Plazo Fijo,

8. En el caso de que no concorra (mos) a la COOPERATIVA, en la fecha de vencimiento del plazo establecido para el presente Certificado de Depósito, autorizo (amos) a la COOPERATIVA para que realice su renovación total, (capital más interés neto) para plazo idéntico y la tasa de interés que esta considere pertinente, la misma que en ningún momento será inferior a la vigente que corresponda. En el caso de que el presente certificado de depósito sea emitido a favor de una persona jurídica, esta cláusula no aplica, y quien (es) suscribe (imos) a su nombre he (mos) sido informado (s) por los funcionarios de la COOPERATIVA sobre el particular, por lo que eximo (imos) a ésta de cualquier responsabilidad por falta de renovación.

9. Que conozco (cemos) las penas de perjurio, por lo que declaro (amos) bajo juramento que el origen de los fondos que entrego (amos) a la COOPERATIVA, lícito.

10. Que conozco (emos) las disposiciones de la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, por lo que autorizo (amos) expresamente a la COOPERATIVA, a realizar los análisis y verificaciones que considere necesarios; así como a las autoridades competentes en caso de llegar a determinar la existencia de operaciones y/o transacciones inusuales e injustificadas. En baso de lo autorizado, renuncio (amos) a instaurar por este motivo cualquier tipo de acción civil, penal o administrativa en contra de la COOPERATIVA.

C.C/C.I. O Pas./RUC

C.C/C.I. O Pas./RUC

TRANSFERENCIAS POR CESIÓN NOMINATIVO

Lugar y fecha: _____

Cedo la totalidad de los derechos contenidos en el presente certificado de depósito a favor de:

Cedente

Cesionario

ACEPTACIÓN

Cooperativa

ENDOSO:

PAGUESE A LA ORDEN devalor en garantía por el cumplimiento del contrato No. cuyo objeto esque hemos celebrado en esta fecha. Sin protesto.

Sin nuestra responsabilidad .

Quito, .. de de 2015

.....
FIRMA ENDOSANTE

CAPÍTULO III: VIGENCIA, DEVOLUCIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS

3.1 Devolución de las Garantías

Dependiendo del tipo de garantía y del objeto contractual, la ley prevé un régimen particular en relación a la devolución de garantías.

De conformidad con el Art. 77 de la LOSNCP, para los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel cumplimiento se devolverá al momento de la entrega/recepción definitiva, real o presunta. En los demás contratos, las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato.

En el Art. 75 de la LOSNCP, se establece la forma de devolución exclusivamente para la garantía del buen uso del anticipo, que el monto que ésta haya asegurado deberá reducirse en la proporción que se vaya amortizando dicho anticipo o se reciba provisionalmente las obras, bienes o servicios contratados.

El legislador mediante esta disposición dejó la posibilidad para que las entidades contratantes puedan devolver las garantías por bien uso del anticipo en forma previa a la firma del acta de recepción única, siempre y cuando el valor entregado en calidad de anticipo se haya amortizado y devengado totalmente.

El Art. 118 del Reglamento General de la LOSNCP, establece que “Las garantías serán devueltas cuando se hayan cumplido las obligaciones que avalan.

La garantía del buen uso del anticipo se devolverá cuando éste haya sido devengado en su totalidad”

3.2 Ejecución de las Garantías

La LOSNCP, como lo hemos referido con anterioridad, confiere a las garantías establecidas en la misma, las características de incondicionalidad, irrevocabilidad y cobro inmediato, disponiendo además que “no admitirán cláusula alguna que establezca trámite administrativo previo, para las cuales basta para su ejecución, el requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía. Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita”.³⁶

Lo dispuesto anteriormente significa que para hacer efectiva las garantías, ante las instituciones que las rinden, a la entidad pública sólo le corresponderá solicitarlo y la

³⁶LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PÚBLICA, Art. 73

institución garante estará en la obligación de proceder al pago de manera inmediata y sin la rémora de trámites o autorizaciones adicionales.

Las entidades bancarias, las instituciones bancarias y financieras que hubieren otorgado las garantías, no intervienen en las circunstancias que motivan a la institución pública contratante para ejecutar las garantías y sólo bastará el requerimiento por escrito de la ésta.

Cierto es que el artículo 146 del Reglamento General de la Ley, establece que en los casos de terminación unilateral del contrato, deberá emitirse una resolución motivada por parte de la máxima autoridad de la institución contratante o su delegado, la que deberá comunicarse entre otros al banco o institución financiera o aseguradora que otorgó la garantía, aunque esto no constituya un requisito para la ejecución de la garantías, es parte del procedimiento.

De otra parte, resulta obvio que independientemente de establecerse que la entidad deba meramente requerir al banco o institución financiera o aseguradora la ejecución de la garantía, el procedimiento interno debe estar concluido, respecto a la terminación contractual, lo que es de incumbencia de la entidad contratante. Este procedimiento interno incluye la notificación previa, derecho a la defensa, descargo de pruebas, etc., en otros términos el derecho al debido proceso y sólo una vez concluido éste y terminado el contrato procede la solicitud de ejecución de las garantías.

3.3 Por terminación unilateral anticipada del Contrato

La terminación y la resolución del contrato constituyen expresión de un mismo fenómeno: la cesación de los efectos del acto de disposición de intereses. Con la diferencia que en los contratos del Estado, públicos o administrativos, la primera, o sea la terminación, cuando es anticipada y unilateral, no necesita su reconocimiento en virtud de decisión judicial, puesto que la Entidad Contratante puede privada, unilateral y extrajudicialmente disolver el vínculo, sin intervención del Estado.

Es lugar común la distinción entre terminación y resolución. Se habla de la primera cuando cesan los efectos a futuro (ex nunc) de un contrato de ejecución periódica o sucesiva, es decir, que hay “una incolumidad de los hechos cumplidos” y de la segunda cuando el contrato además queda retroactivamente anulado (ex tunc). O mejor: la terminación tiene efectos a partir de la ejecutoria de la sentencia judicial; la resolución desde la fecha de la celebración del contrato.

La terminación anticipada y unilateral del contrato público, en efecto, posee algunas características que la convierten en una forma especial, excepcional, de conclusión de dicho acto administrativo.

Doctrinariamente las causales para la finalización de manera anticipada y unilateral del contrato público, hacen relación a aquellos “antecedentes necesarios que originan un efecto”³⁷, cual es la conclusión anticipada de la convención pública, sea por cuenta de la Entidad Contratante o del contratista (al menos teóricamente).

Decimos teóricamente porque esta forma de terminación casi es privativa de la institución o entidad pública contratante, ya que el contratista se halla vedado de terminar anticipada y unilateralmente el contrato(al menos como lo efectúa la Entidad Contratante).

La entidad pública contratante debido a la condición de privilegio que le conceden las denominadas cláusulas exorbitantes puede dar por terminado unilateralmente el contrato

La terminación anticipada y unilateral de los contratos administrativos, entonces, asoma como una consecuencia de las denominadas cláusulas exorbitantes, que otorga a la administración pública una serie de facultades y privilegios sobre el particular, en la relación contractual.

Doctrinariamente para que tenga lugar la terminación unilateral del contrato administrativo se precisa cuando menos el cumplimiento de algunos requisitos, como:

- 1.- Que sea por estrictas circunstancias de interés público o colectivo, debidamente comprobadas;
- 2.- Que la terminación anticipada y unilateral sea mediante un acto administrativo debidamente motivado;
- 3.- Que contemple la indemnización al contratista, por razón de los perjuicios causados; y,
- 4.- Que la resolución de terminación anticipada y unilateral del contrato se notifique al contratista para que pueda hacer valer sus derechos en la vía contencioso-administrativa.

La LOSNCP establece la posibilidad de que la entidad contratista pueda dar por terminado, mediante resolución motivada, el contrato, cuando se configura incumplimiento contractual injustificado del contratista, es decir solo contempla algunos de los requisitos enunciados.

³⁷CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Op. Cit. Pág. 66

Por su propia naturaleza, esta forma de terminación del contrato, se constituye, más bien, en una forma de sancionar al contratista que ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones para con la entidad estatal contratante

La terminación anticipada y unilateral de un contrato administrativo, en realidad, implica, una verdadera sanción al contratista, la fácilmente se puede evidenciar, pero para su efectividad, es necesario garantizar al contratista el debido proceso reconocido en el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador; por lo que se inicia un proceso administrativo en el cual el contratista puede ejercer sin trabas su derecho a la defensa y sólo en el evento de que no justifique el incumplimiento, se procederá a la terminación anticipada y unilateral, mediante resolución motivada de la máxima autoridad de la Entidad Contratante.

La terminación anticipada y unilateral que la efectúa la Entidad Contratante, se efectúa mediante un procedimiento meramente administrativo que tiene un carácter, más o menos, excepcional; excepcionalidad que deviene de su facultad legal de “velar” por los intereses públicos.

El procedimiento es el siguiente:

Antes de proceder a la terminación unilateral, la entidad contratante deberá notificar al contratista, con la anticipación prevista en el Reglamento, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Junto con la notificación, se remitirán los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista. (En la ley vigente no se señala la necesidad del informe jurídico, requerido en la ley derogada). La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista de acuerdo al artículo 94 de la ley vigente y le advertirá que de no remediarlo en el plazo señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato.

Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el plazo (palabra que no cabe puesto que debería referirse a término) concedido, la entidad contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la entidad contratante, que se comunicará por escrito al contratista. La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o demandas de parte del contratista.

Los contratistas no podrán aducir que la entidad contratante está en mora en el caso de que el anticipo que les fuere entregado en virtud del contrato no se encontrare totalmente amortizado.

La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la entidad contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por los anticipos entregados.

La terminación anticipada y unilateral del contrato administrativo tiene algunas características que las sintetizamos en las siguientes:

a.- Es un indudable privilegio, que beneficia exclusivamente a la entidad administrativa contratante;

b.- Se trata siempre de una terminación anticipada, esto es, ocurre antes del vencimiento del plazo o sea del cumplimiento del contrato;

c.- La terminación anticipada y unilateral del contrato administrativo se produce, generalmente, por incumplimiento por parte del contratista;

d.- Constituye, en esencia, una verdadera sanción al contratista, que deriva del incumplimiento del contrato;

e.- El trámite para la terminación unilateral del contrato es meramente administrativo, esto es mediante un proceso en el que el contratista ejerce irrestrictamente su derecho a la defensa y se le garantiza el debido proceso.

f.- La terminación unilateral del contrato debe siempre producirse mediante resolución motivada de la máxima autoridad de la Entidad Contratante.

g.- La resolución de terminación anticipada y unilateral lleva implícita la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento;

h.- La resolución de terminación anticipada y unilateral produce como efecto adicional que el contratista sea inscrito o registrado como incumplido

Las causales para la terminación anticipada y unilateral, son de exclusiva responsabilidad del contratista, como se desprende de una primera lectura del Art. 94 de la LOSNCP que establece las mismas y son las siguientes:

“1. Por incumplimiento del contratista;

2.- Por quiebra o insolvencia del contratista;

- 3.- Si el valor de las multas supera el monto de garantía de fiel cumplimiento del contrato
- 4.- Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;
- 5.- Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley;
- 6.- En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y,
- 7.- La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá el contratista como incumplido.³⁸

De una primera lectura de la disposición legal transcrita anteriormente, se puede colegir que todas estas causales se encuentran relacionadas con una sola causal matriz, cual es el incumplimiento de las obligaciones contraídas, por parte del contratista, con algunas particularidades y alguna excepción, que pasamos a consignar:

La quiebra y la insolvencia son situaciones por las cuales una persona, jurídica o natural, se ve imposibilitada del cumplimiento de las obligaciones contraídas.

La quiebra se establece para las personas jurídicas, mientras que la insolvencia implica a personas particulares.

En el ámbito de la contratación pública, tanto la quiebra como la insolvencia hacen presumir que el contratista se encuentra en una situación económica liada que le impedirá continuar con la ejecución de la obra o servicio contratado, pues en contra del mismo se pueden iniciar otras acciones civiles o penales, que le impedirían administrar su patrimonio.

Es en virtud de estas consideraciones, siempre en defensa de los intereses públicos y en salvaguarda de los recursos públicos, se puede declarar la terminación anticipada y unilateral del contrato.

Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, hace relación a aquellos casos en los cuales no se han observado estrictamente las disposición de dicha ley que impiden la celebración de

³⁸ LOSNCP, pág. 38

contratos, por ejemplo, celebrar contratos subdivididos incumpliendo la prohibición expresa que consta en la Disposición General Segunda de la LOSNCP.

Se puede caer en esta causal también si se procede a la suscripción de un contrato con algún proveedor incurso en las prohibiciones generales o especiales que se hallan previstas en los Arts. 62 y 63 de la LOSNCP. En estas condiciones se estima que el contratista debió haber previsto la sanción que se le impondría, pues estas prohibiciones legales se presumen conocidas por todos y mucho más por un contratista.

En los demás casos estipulados en el contrato, según su naturaleza, como podría ser en los contratos de obra, en los cuales es obligación contractual (ley para las partes) del contratista cumplir con las órdenes de la fiscalización; o, en el caso de un contrato de adquisición de bienes, brindar el mantenimiento rutinario y correctivo, acordado en el contrato.

El incumplimiento de estas obligaciones que nacen de los contratos específicos, ocasiona incumplimiento contractual y por lo mismo justifica el inicio del trámite de terminación anticipada y unilateral del contrato.

También cabe señalarse la falta de **renovación de las garantías** entregadas por el contratista y aceptadas por la entidad contratante.

Una nueva causal para terminar en forma anticipada y unilateral el contrato se encuentra en el Art. 64 de la LOSNCP que expresa: *“Si se celebrare un contrato contra expresa prohibición de esta ley, la máxima autoridad de la Entidad Contratante podrá declarar en forma anticipada y unilateral la terminación del contrato, sin que proceda reconocer indemnización alguna al contratista”*³⁹.

Trámite:

El procedimiento legal para la terminación anticipada y unilateral de un contrato, se encuentra establecido en el Art. 95 de la LOSNCP y 146 de su Reglamento General y es el siguiente:

Primero. La fiscalización o administración del contrato, como paso previo, debe determinar el incumplimiento en el que ha incurrido el contratista y notificar a la máxima autoridad de la institución contratante.

³⁹ LOSNCP, págs. 27-28

La máxima autoridad de la institución contratante, que generalmente es su representante legal, de considerar que procede la terminación del contrato dispondrá el inicio del trámite correspondiente, empezando por solicitar los siguientes informes: Técnico, para determinar el avance de la obra y las circunstancias que justifiquen la terminación anticipada y unilateral; económico, en el que se determinen los pagos que se realizaron al contratista, así como el nivel de ganancias que pudo haberle generado; y jurídico, para determinar la causal de terminación del contrato.

Segundo. Una vez que se cuente con los informes del numeral anterior, se notificará al contratista con la decisión de dar por terminado, anticipada y unilateralmente el contrato, determinándose el incumplimiento o mora en la que se ha incurrido. Se le concederá el término de diez días para que justifique o subsane el incumplimiento.

Con la decisión de terminación anticipada y unilateral debe notificarse también a las aseguradoras, garantes o bancos que hubieren emitido las garantías del contrato.

Tercero. Si el contratista no justificare el incumplimiento o no subsanare la mora, en el término concedido o ni siquiera se pronunciase sobre la notificación, se le considerará en rebeldía y la máxima autoridad de la entidad contratante procederá a declarar terminado en forma anticipada y unilateral el contrato, emitiendo la Resolución correspondiente, la misma que deberá ser debidamente motivada. De igual modo se procederá cuando la entidad contratante no aceptare los justificativos presentados por el contratista.

Cuarto. La resolución de la entidad contratante no es susceptible de recurso alguno y una vez declarada la terminación anticipada y unilateral, se comunicará al INCOP y se publicará en el portal de compras públicas. También se realiza la liquidación financiera y contable del contrato; y, finalmente se impone las sanciones a que hubiere lugar, entre las que constan: La inscripción en el registro de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos, la ejecución de las garantías que hubiere entregado el contratista.

Finalmente apuntamos que, adicionalmente, conlleva otros tipos de sanciones específicas al contratista

Por la terminación anticipada y unilateral del contrato y siendo ésta un privilegio de la institución contratante, la misma puede demandar, siempre que hubiere lugar, la indemnización de daños y perjuicios al contratista.

La terminación anticipada y unilateral del contrato por parte de la administración pública por las causas anteriormente expuestas, produce los efectos siguientes:

- 1.- Concluida la relación contractual, se paraliza la ejecución de las obligaciones contraídas mediante el convenio, tanto por parte de la entidad contratante cuanto por el contratista;
- 2.- No tiene lugar la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato presentada por el contratista;
- 3.- No se procede a la inscripción del contratista como incumplido
- 4.- La entidad pública queda en libertad, cuando se haya superado las circunstancias técnicas o económicas imprevistas o los sucesos por caso fortuito o fuerza mayor, de volver a celebrar contrato con el mismo contratista o seleccionar, conforme a Ley, a cualquiera otra persona natural que cumpla con los requisitos y exigencias de la contratación pública.

Las causales para la terminación anticipada y unilateral del contrato, cuando se trata de la Entidad Contratante, revelan su hegemonía sobre los intereses privados del contratista, en cambio cuando se trata del contratista develan la situación de subordinación contractual del contratista; a este evento o condición es que se debe la diferencia en el procedimiento.

3.4 Por declaración de Incumplimiento

“Incumplir es “No llevar a efecto, dejar de cumplir lo pactado, obligatorio o permitido. Infringir, violar un pacto o disposición legal.”⁴⁰El incumplimiento supone, simple y llanamente, falta de cumplimiento, el quebrantamiento o inejecución de obligaciones o contratos.

En tratándose de la contratación pública el incumplimiento equivale al quebrantamiento o inejecución de las reglas o condiciones establecidas en el contrato.

Es necesario puntualizar que no es lo mismo la declaración de terminación unilateral del contrato, por la causal de incumplimiento del contratista, establecido en el numeral 1 del Art. 94 de la LOSNCP, que la declaración de incumplimiento del contratista sin que se produzca la terminación unilateral del contrato.

Es más, la entidad contratante puede alternativamente dar por terminado el contrato por incumplimiento del contratista o únicamente proceder a declarar el incumplimiento del contratista, *“en cuyo caso la entidad tiene derecho a ejecutar las garantías”*⁴¹.

⁴⁰ESPINOSA, M., Galo Dr. ENCICLOPEDIA JURÍDICA, Vol. II, Instituto de Informática Legal, Quito-Ecuador, 1987, Pág.383

⁴¹BOHÓRQUEZ DE SEVILLA, Mariana Dra. LAS GARANTÍAS en la contratación pública, EDINO, 1992. Guayaquil-Ecuador, Pág.209

3.5 Por falta de renovación

Puede ocurrir que el contratista haya entregado una garantía que no cubre todo el tiempo de ejecución del contrato o que le fue concedida una prórroga para la conclusión de la obra contratada; en cualquiera de los dos casos el contratista debe renovar la garantía, hasta cuando se produzca de manera legal la entrega-recepción de la obra o, caso contrario, la entidad contratante puede dar por terminado unilateralmente el contrato y proceder a la ejecución de las garantías-

3.6 Por terminación por mutuo acuerdo

En doctrina el mutuo acuerdo equivale a una transacción, es decir a la adopción de un término medio en una negociación y constituye la forma en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven uno eventual.

La terminación por mutuo acuerdo es la causa más natural de ***dar por terminado el contrato administrativo***, pues si la voluntad de las partes crea el contrato, es lógico que ***la misma voluntad lo disuelva***.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, contempla la terminación del contrato administrativo en el Art. 93, así:

“Terminación por Mutuo Acuerdo.- Cuando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente, el contrato, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren.

La terminación por mutuo acuerdo no implicará renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la Entidad Contratante o del contratista.

Dicha entidad no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista.”⁴²

Por mutuo acuerdo el contrato administrativo puede terminar total o parcialmente, en el estado en que se hallare la ejecución de la obra.

⁴²LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Págs. 38-39

Si bien la conclusión del contrato por mutuo acuerdo no implica renuncia a los derechos causados o adquiridos tanto por el Estado cuanto por el contratista, una vez que se ha dado por concluido no procede reclamación alguna ulterior.

Cuando los contratos administrativos, contingentemente, concluyen de mutuo acuerdo entre las partes, conforme al numeral 2 del Art. 92 y el Art. 93 de la LOSNCP, no cabe la ejecución de las garantías, pues se supone que las partes no se hallan en condición de incumplimiento alguno del contrato, procediendo en este caso la devolución de las garantías.

3.7 Pérdida o Destrucción de las Garantías

La eventual pérdida o destrucción de las garantías por parte del contratista supone la restitución de las mismas en las condiciones pactadas, si no lo hiciera la entidad contratante puede dar por terminado unilateralmente el contrato.

CAPÍTULO IV: INVESTIGACIÓN DE CAMPO

4.1 Análisis de entrevistas cinco (5) servidores públicos expertos en contratación pública)

Uno de los más empleados procedimientos técnicos para el conocimiento científico de un objeto de investigación está constituido por la investigación de campo realizada directa y activamente por el investigador.

En esta fase de la investigación se emplean con frecuencia tanto la entrevista cuanto la encuesta.

En la presente investigación la técnica de la entrevista nos sirvió para abordar el criterio de cinco expertos que laboran en instituciones del Estado en Departamentos de Contratación Pública.

Así pudimos conocer y profundizar nuestros conocimientos sobre el poco conocido campo de la contratación pública.

4.2. Análisis de encuestas

La encuesta como técnica de observación social, en la que intervienen una serie de factores y fases que se articular de acuerdo al nivel del proyecto diseñado, nos ha servido para trabajar en función de la propuesta y de los objetivos.

Elaboramos un cuestionario de 6 preguntas en un cuestionario y lo sometimos a la respuesta de los investigados, en este caso 25 abogados en libre ejercicio profesional, vinculados, de alguna manera con la contratación pública y 5 contratistas.

4.3. Presentación de resultados

Presentamos los primeros resultados de la investigación de campo que consistió en la aplicación de 5 entrevistas a especialistas sobre el tema

PREGUNTA 1:

¿Estima Ud. acertada la obligatoriedad de la presentación de garantías con el fin de precautelar la erogación de los recursos públicos en los contratos de adquisición de bienes, prestación de servicios, ejecución de obra incluidos los de consultoría, que se realicen con el Estado?

ANÁLISIS:

La exigibilidad para presentar garantías ya sea para avalar el anticipo otorgado o para el fiel cumplimiento del contrato, es un mecanismo a través del cual las entidades públicas, en su calidad de contratantes, precautelan el desembolso económico que se entrega a los contratistas y también garantizan el cumplimiento de las obligaciones contractuales, lo que a la postre beneficia al interés público ya que los proyectos se ejecutan dentro de los plazos previstos y de conformidad con las especificaciones técnicas requeridas.

COMENTARIO:

Los cinco especialistas entrevistados tienen un criterio coincidente en el sentido de que, la obligatoriedad de presentar garantías en los contratos de adquisición de bienes, prestación de servicios, ejecución de obra incluidos los de consultoría, permite precautelar los intereses económicos del Estado, siendo ésta también una medida adecuada que coadyuva a que los contratistas cumplan con las obligaciones contractuales asumidas.

PREGUNTA 2:

¿Estima Ud. que la norma que dispone la no presentación de la garantía de fiel cumplimiento, en los contratos cuyo precio es inferior a multiplicar el coeficiente 0.0000002 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, afecta a los intereses del Estado?

ANÁLISIS:

Si bien el espíritu del inciso quinto del artículo 74 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es precautelar los intereses económicos del Estado, dicho fin no se cumple a cabalidad, ya que si bien la garantía de fiel cumplimiento debe presentarse en aquellos contratos que superan los USD. 72.634,24 año 2015, no se encuentran cubiertas las obligaciones contractuales en contratos cuyo valor es menor la referida cantidad, razón por la que una medida adecuada sería reducir el monto de la garantía de fiel cumplimiento de contrato, medida que permitiría precautelar los intereses económicos del Estado ya que no necesariamente se requiere seguir un largo proceso judicial para resarcir el daño ocasionado por el incumplimiento contractual.

COMENTARIO:

Debido al interés público que contienen los contratos administrativos, la Administración tiene una serie de facultades regulatorias que sirven para adaptarlo a las necesidades públicas o de ser el caso, ejecutarlo cuando se presenta algún incumplimiento del contratista, dejarlo sin efecto unilateralmente, en razón de su incumplimiento o porque los intereses de la colectividad lo exigen.

En este escenario, si la premisa es proteger recursos del Estado, la garantía de fiel cumplimiento del contrato debería incluir a todos los contratos que superen el monto establecido para la Ínfima Cuantía, caso contrario existiría una inconsistencia normativa que no se concilia con el interés público.

Se debe tener en cuenta el carácter inclusivo a pequeñas empresas y personas naturales que no contratan montos altos, quienes por lo general no cuentan con la capacidad económica para rendir garantías; estimo que sobre estas consideraciones el legislador estableció el monto vigente para la garantía del fiel cumplimiento.

PREGUNTA 3:

¿Considera Ud. que el valor de la garantía de fiel cumplimiento establecida en el inciso quinto del Art. 74 de la LOSNCP, es inapropiado para proteger la erogación de los recursos del Estado, por lo que sería necesario proponer la respectiva reforma legal?

ANÁLISIS:

Los entrevistados concuerdan en sus criterios sosteniendo que es inapropiado el valor que la actual Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública exige para la presentación de la garantía de fiel cumplimiento, por lo que sugieren se reduzca la exigencia de otorgar dicha garantía al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.0000002 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económicoes decir USD. 7.263,42 año 2015; por lo que en todo contrato que supere el referido valor, el contratista tendrá la obligación de entregar a la entidad contratante la garantía de fiel cumplimiento equivalente al 5% del precio del contrato, con dicha medida se estarían precautelando los recursos fiscales, razón por la que estiman pertinente la presentación de la reforma legal al inciso quinto del artículo 74 de la LOSNCP.

COMENTARIO:

Con base a las entrevistas efectuadas a los servidores públicos expertos en contratación pública, se puede determinar que es necesaria la reforma al inciso quinto del artículo 74 de

la LOSNCP, razón por la que se comprueba la necesidad de una nueva regulación de la flexibilidad del régimen de garantías en los procedimientos de contratación pública, para cuyo efecto es necesario elaborar un proyecto de reforma legal que permita sustituir el texto del referido inciso quinto por lo siguiente:

“Tampoco se exigirá la garantía de fiel cumplimiento en los contratos cuya cuantía sea inferior a multiplicar el coeficiente 0,0000002 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.”

A continuación presentamos los segundos resultados del trabajo de campo que consistió en la aplicación de 30 encuestas a abogados en libre ejercicio profesional y contratistas del sector público

PREGUNTA 1:
¿Cuál es la denominación más acertada, según su criterio, para los contratos que se celebran entre el Estado y los particulares?
 * Contratos del Estado
 * Contratos de la Administración Pública
 * Contratos Administrativos o
 * Contratos Públicos
¿Por qué?

Tabla 1

	<i>f</i>	%
Contratos del Estado	4	13,33%
Contratos de la Administración Pública	5	16,67%
Contratos Administrativos	5	16,67%
Contratos Públicos	16	53,33%
TOTAL	30	100,00%

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional y contratistas del sector público

Elaborado por: La Investigadora

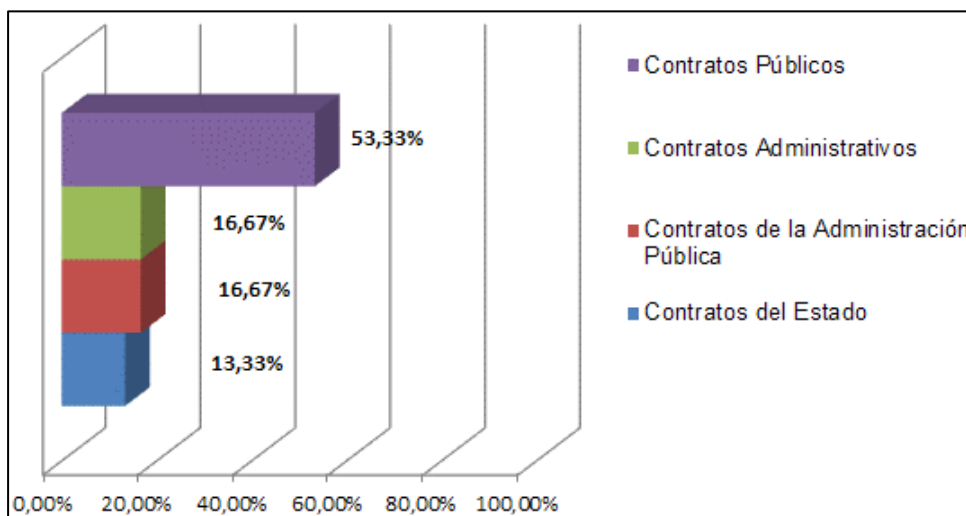


Gráfico 1

Fuente: Tabla 1

Elaborado por: La Investigadora

Interpretación

De la población encuestada 4, o sea el 13,33%, se pronuncia por la denominación de “Contratos del Estado”, 5, o sea el 16,67%, se pronuncian por la denominación de “Contratos de la Administración Pública”, 5, o sea el 16,67%, considera que se deben denominar “Contratos Públicos” y 16, o sea, el 53,33%, cree que se deben denominar “Contratos Administrativos”, como se desprende de la Tabla 1.

Análisis

Como se evidencia no existe consenso en torno a la denominación de los contratos que se celebran entre el Estado o la Administración Pública y los particulares; sin embargo la mayoría considera que son simplemente Contratos Administrativos, como igualmente consta en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

PREGUNTA 2:

¿Considera Ud. que la relación contractual proveedor-Estado debe darse en igualdad de condiciones, sin la formalidad de las denominadas cláusulas exorbitantes?

* SI

* NO

¿Por qué?

Tabla 2

	<i>f</i>	%
Si	25	83,33%
No	5	16,67%
TOTAL	30	100,00%

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional y contratistas del sector público

Elaborado por: La Investigadora

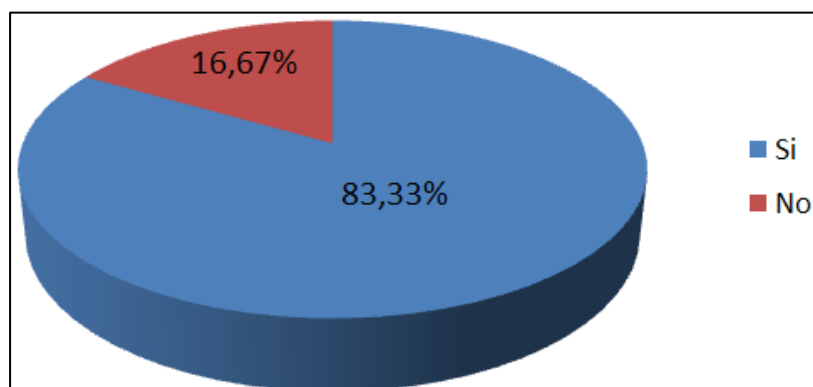


Gráfico 2

Fuente: Tabla 2

Elaborado por: La Investigadora

Interpretación

De los abogados en libre ejercicio profesional y contratistas encuestados, 25, o sea el 83.33%, respondieron negativamente y sólo 5, o sea el 16.67%, respondieron afirmativamente, con forme se desprende de la Tabla. 2.

Análisis

Quienes respondieron negativamente argumentan que es necesario precautelar los intereses del Estado, por lo que los contratos deben lo suficientemente solemnes y cumplir con las formalidades que exige la ley, esto es con las cláusulas exorbitantes.

Quienes respondieron afirmativamente, por obvias razones, a partir de su propia experiencia, fueron los contratistas.

PREGUNTA 3:

¿Cree Ud. que la terminación unilateral del contrato administrativo, derivada de su incumplimiento y que ocasiona la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento de contrato, constituye en el fondo una forma de precautelar los recursos públicos del Estado?

* SI

* NO

¿Por qué?

Tabla 3

	<i>f</i>	%
Si	20	66,67%
No	10	33,33%
TOTAL	30	100,00%

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional y contratistas del sector público

Elaborado por: La Investigadora

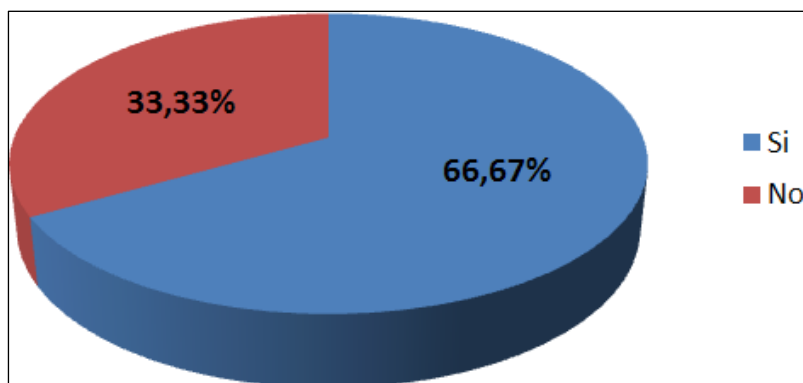


Gráfico 3

Fuente: Tabla 3

Elaborado por: La Investigadora

Interpretación

De la población encuestada 20 personas, o sea 66,67%, respondieron afirmativamente y sólo 10, o sea el 33,33%, contestaron negativamente, como se puede apreciar en la Tabla 3.

Análisis

Quienes consideran que la terminación unilateral del contrato administrativo y el cobro de la garantía de fiel cumplimiento constituye una verdadera forma de precautelar las inversiones públicas, argumentan que para que no se le imponga la sanción administrativa ni tampoco se le afecte a sus intereses económicos el contratista propenderá al cumplimiento oportuno de las obligaciones contractuales con lo cual evitará ser objeto de sanciones, mientras que los que contestaron negativamente, consideran que cuando se contrata hay que someterse a las “reglas del juego jurídico” es decir a las cláusulas que voluntariamente se acepta.

PREGUNTA 4:

¿Estima Ud. oportuna y procedente la obligatoriedad de la presentación de garantías con el fin de precautelar la erogación de los recursos públicos en los contratos de adquisición de bienes, prestación de servicios, ejecución de obra incluidos los de consultoría, que se realicen con el Estado?

* SI

* NO

¿Por qué?

Tabla 4

	<i>f</i>	%
Si	30	100,00%
No	0	0,00%
TOTAL	30	100,00%

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional y contratistas del sector público

Elaborado por: La Investigadora

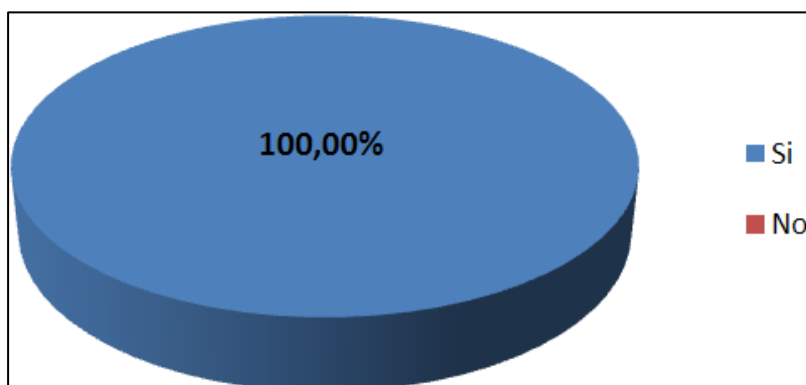


Gráfico 4

Fuente: Tabla 4

Elaborado por: La Investigadora

Interpretación

De las 30 personas, entre abogados en libre ejercicio profesional y contratistas con el Estado, o sea el 100%, respondieron afirmativa mente, como se desprende de la Tabla 4.

Análisis

No cabe duda que las garantías constituyen uno de los mecanismos más idóneos de precautelar los intereses del Estado cuando se trata de la contratación pública.

PREGUNTA 5

¿Considera Ud. que el valor de la garantía de fiel cumplimiento establecida en el inciso cinco del Art. 74 de la LOSNCP, es insuficiente para proteger la erogación de los recursos del Estado?

* SI

* NO

¿Por qué?

Tabla 5

	<i>f</i>	%
Si	25	83,33%
No	5	16,67%
TOTAL	30	100,00%

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional y contratistas del sector público

Elaborado por: La Investigadora

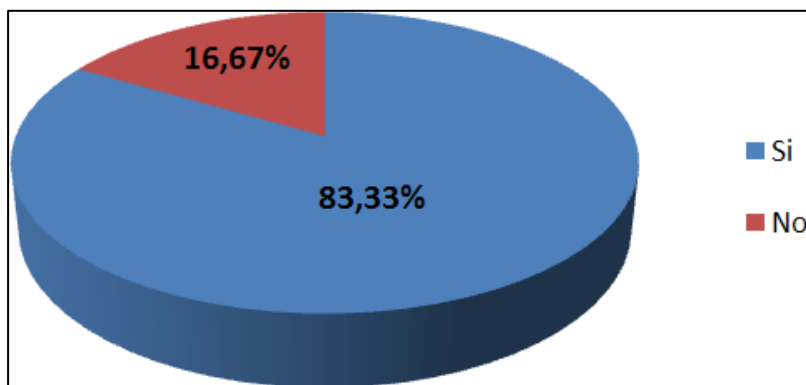


Gráfico 5

Fuente: Tabla 5

Elaborado por: La Investigadora

Interpretación

De la población encuestada 25 personas o sea, 83,33%, contestaron afirmativamente y sólo 5, o sea 16,67%, respondieron negativamente, como se puede apreciar en la Tabla 5

Análisis

Quienes respondieron afirmativamente consideran que el valor que resulta de multiplicar el coeficiente establecido en el artículo 74 de la LOSNCP, esto es de USD. 72.634,24 año 2015, es un monto muy alto que no garantiza adecuadamente la inversión de los fondos públicos ya que en caso de incumplimientos de contratos cuyo monto contractual es menor al referido valor no se puede resarcir económicamente dicho incumplimiento situación que se subsanaría sin el monto de la garantía se disminuye.

PREGUNTA 6:

¿Estima Ud. que previa la suscripción de los contratos administrativos que versen sobre adquisición de bienes, prestación de servicios, ejecución de obras incluidos los de consultoría, se debe exigir la garantía de fiel cumplimiento en los contratos cuya cuantía sea inferior a multiplicar el coeficiente 0,000002 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, con el fin de precautelar de manera efectiva los interés del Estado?

* SI

* NO

¿Por qué?

Tabla 6

	<i>f</i>	%
Si	25	83,33%
No	5	16,67%
TOTAL	30	100,00%

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional y contratistas del sector público

Elaborado por: La Investigadora

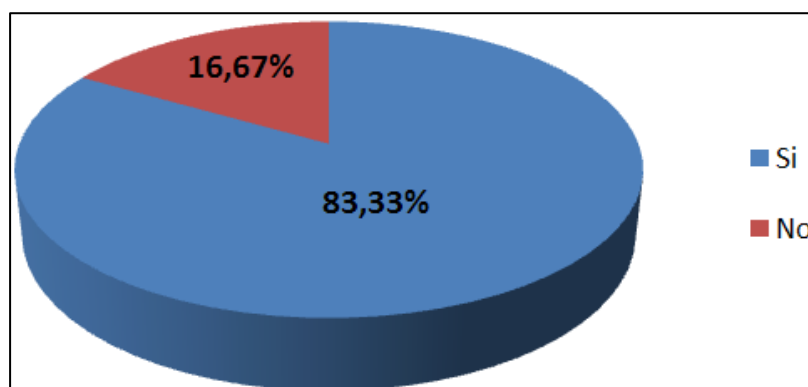


Gráfico 6

Fuente: Tabla 6

Elaborado por: La Investigadora

Análisis

De la población encuestada 25 personas, o sea el 83,33%, respondieron afirmativamente y sólo 5, o sea el 16,67%, respondieron negativamente, como se desprende de la Tabla 6

Interpretación

Quienes respondieron afirmativamente creen que cualquiera inversión de dineros fiscales debe ser garantizada, comparativamente con las entidades bancarias que cuando realizan préstamos exigen garantía hipotecaria a partir de cinco mil dólares.

4.4. Contratación de objetivos e Hipótesis

Objetivos

General

Efectuar un análisis jurídico-doctrinario acerca del régimen de garantías en los contratos administrativos, y su incidencia en el respaldo cuando la utilización de recursos públicos.

Durante el desarrollo del trabajo investigativo hemos cumplido con nuestro objetivo general cual es el de efectuar un análisis jurídico-doctrinario acerca del régimen de garantías en los contratos administrativos y su papel de escudo protector en la utilización de fondos públicos.

Específicos

Demostrar que el valor estipulado en la LOSNCP, para solicitar garantías dentro de los contratos de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, no respalda, de manera efectiva, todas las erogaciones que realiza la Administración Pública.

Igualmente hemos podido cumplir con el objetivo específico de demostrar la inconveniencia de la omisión de la garantía de fiel cumplimiento, pues al calcular la cuantía eximida, resulta que considerables in versiones fiscales se quedan al margen de una adecuada protección.

Plantear un proyecto alternativo para estipular el monto fijo que deben contener la garantía de fiel cumplimiento en los contratos administrativos que se celebren con el Estado Ecuatoriano.

El término de la presente investigación planteamos un proyecto de reformas a la LOSNCP, en lo que hace relación a la exoneración de la garantía de fiel cumplimiento establecida en el Art. 74 inciso cinco.

Contrastación de hipótesis

La falta de presentación de la garantía de fiel cumplimiento, en los contratos cuyo precio es inferior a multiplicar el coeficiente 0.000002 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, no tutela el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales, ocasionando que la Administración Pública, en caso de incumplimiento por parte de los contratistas, no pueda recuperar los recursos económicos entregados a éstos, en forma efectiva.

Durante el desarrollo de nuestro trabajo investigativo hemos podido probar positivamente la inicial hipótesis de trabajo que guió nuestro trabajo y sirvió para plantear la propuesta final.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

Al término del trabajo de investigación realizado queremos consignar las conclusiones a las que hemos arribado:

PRIMERA

La Administración Pública es aquel complejo proceso de planificación, organización, dirección control y evaluación de los servicios públicos que un Estado proporciona a sus ciudadanos a través de sus diferentes instituciones o entidades.

SEGUNDA

La contratación pública, en forma abreviada, puede ser concebida como todo procedimiento para la adquisición de bienes, ejecución de obra pública o prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que es realizado por las entidades públicas o estatales, regido primordialmente por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

TERCERA

El contrato administrativo, que por su finalidad se denomina también contrato público y por su procedencia contrato del Estado; está constituido por aquel convenio entre las partes – Estado y particulares o personas jurídicas - que acarrea relaciones homotéticas, es decir, derechos y obligaciones, aunque en desigualdad de condiciones, entre los contratantes.

CUARTA

La teoría de las cláusulas exorbitantes se expresa en las estipulaciones creadoras de privilegios para la administración, que rompen el principio de igualdad jurídica de las partes en la negociación, de tal modo que de figurar en un contrato de derecho privado estarían afectadas de nulidad e incluso incidirían en el mismo sentido sobre la totalidad del contrato; sin embargo son imprescindibles para el control de los servicios públicos y de las inversiones que realiza el Estado con miras a la satisfacción de las necesidades colectivas.

QUINTA

Las garantías de la contratación pública están referidas a todas aquellas cauciones que el Estado exige a sus contratantes para asegurar el puntual y exacto cumplimiento de las obligaciones que éstos asumen por el contrato, asumiendo la finalidad superior de satisfacción de las necesidades de la comunidad a través de la obra cuya ejecución se trata.

SEXTA

La LOSNCP distingue tres tipos de garantías: Garantía de fiel cumplimiento del contrato, Garantía de buen uso del anticipo y Garantía técnica

Así mismo reconoce las siguientes formas de garantía:

Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, Fianza, mediante póliza de seguro, Primera Hipoteca de bienes raíces, Depósito de bonos del Estado y Certificados de depósitos a plazo.

SEPTIMA

Las formas más comunes de garantías que se presentan en la práctica de la contratación pública ecuatoriana son: Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato; y, la Fianza mediante Póliza de Seguros.

OCTAVA

La omisión de la garantía de fiel cumplimiento establecida por la actual LOSNCP, en el inciso cinco del artículo 74, es inconveniente para una adecuada salvaguarda y efectiva protección de los recursos fiscales.

5.2. Recomendaciones

Así mismo queremos explicitar las siguientes recomendaciones:

PRIMERA

Creemos que es menester precautelar con mayor empeño y decisión los intereses del Estado en el sistema de contratación pública.

SEGUNDA

Es indispensable reformar el sistema de garantías en la contratación pública, especialmente en lo que tiene relación con la garantía de fiel cumplimiento, con la finalidad de que la cuantía de los contratos que no requieren presentarla se reduzca al mínimo, para proteger al máximo los desembolsos que realiza el Estado al contratar obras y servicios de carácter público.

TERCERA

Se debe proceder a la reforma del inciso cinco del Art. 74 de la LOSNCP a fin de garantizar de manera efectiva las inversiones del Estado a través de la contratación pública.

5.3. Propuesta

**REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL
EL PLENO
CONSIDERANDO:**

Que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 395 de 4 de agosto de 2008, al referirse a la garantía de fiel cumplimiento de contratos, dispone en el inciso quinto del artículo 74, que: *“Tampoco se exigirá esta garantía en los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0,000002 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.”*;

Que, la referida norma legal no garantiza plenamente el interés público de precautelar los recursos del Estado, ya que no se encuentran cubiertas las obligaciones contractuales en contratos cuyo valor es menor al porcentaje antes referido, razón por la que una medida adecuada sería reducir el monto de la garantía de fiel cumplimiento de contrato;

Que, el Estado debe garantizar una administración pública ágil, garantista y eficaz, en relación con la correcta inversión de los capitales del Estado, por lo que es necesario eliminar los riesgos para el Estado en la contratación pública;

De conformidad a las atribuciones y competencias de la Asamblea Nacional, y en ejercicio de sus facultades constitucionales expide la siguiente:

REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Art. 1.- Refórmese el Art. 74 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, así:

Sustitúyase el texto del inciso quinto por el siguiente:

Tampoco se exigirá la garantía de fiel cumplimiento en los contratos cuya cuantía sea inferior a multiplicar el coeficiente 0,0000002 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Art. 2.- La presente ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Es dado en la ciudad de San Francisco de Quito, a los

Lcda. Gabriela Rivadeneira Pazmiño

PRESIDENTA

SECRETARIA

6. Bibliografía

ACOSTA ROMERO, Miguel, DERECHO ADMINISTRATIVO ESPECIAL, 4ª. Ed. México, 2001, vol., I, Págs. 690; 692 y 693

BOHÓRQUEZ DE SEVILLA, Mariana Dra. LAS GARANTIAS en la contratación pública, EDINO, 1992. Guayaquil-Ecuador, Pág. 35; 209

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, editorial Heliasta, Buenos Aires-Argentina, 2003, Pág.27

CASSAGNE, Juan Carlos, DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo I, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998, Pág. 205

Citado por César Omar Pinilla Marciaga en LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO en Revista Debate, pág. 127.

Citado por PÉREZ, Antonio José, et. al., en MANUAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, CEP, Quito-Ecuador 2011, Pág.329

ESPINOSA, M., Galo Dr. ENCICLOPEDIA JURÍDICA, Vol. II, Instituto de Informática Legal, Quito-Ecuador, 1987, Pág.383

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, DERECHO ADMINISTRATIVO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Editorial Porrúa, México, 1987, Pág. 279

FRAGA, Gabino, DERECHO ADMINISTRATIVO, Editorial Porrúa, México, 2001, Pág. 85

ARRIDO FALLA, F: Tratado de Derecho Administrativo, Vol. I, Parte General, 7ª Ed, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976, p. 27

GRANJA GALINDO, Nicolás, PRÁCTICA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Ed. Jurídica del Ecuador, Quito-Ecuador, 2003, Pág. 127

GRANJA GALINDO, Nicolás, FUNDAMENTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Universidad Central del Ecuador, Quito, 1999, pág. 100; 321

JARAMILLO ORDÓÑEZ, Herman, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Facultad de Jurisprudencia, UNL, Loja-Ecuador, 1992, Pág. 111

LOPEZ, William, TRATADO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Ediciones Jurídicas del Ecuador, 1er Tomo, Quito-Ecuador, 2000, Pág. 100; 153

MORENO RODRÍGUEZ, Rodrigo, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL EN MÉXICO, Recuperado el 07 de julio de 2014 de: www.bibliojuridica.org

PÉREZ CAMACHO, Efraín, Dr. DERECHO ADMINISTRATIVO, Corporación de Estudios y Publicaciones, 28, vol. 2, 2006, Pág. 744; 818

SERRA ROJAS, Andrés, EL ACTO DE GOBIERNO, Editorial Porrúa, México, 1975, Págs. 363-364

Normativa y Jurisprudencia

CODIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y PROCEDIMIENTO CIVIL (2005)

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR (2008)

LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2014)

REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2015)

7. Apéndice

FORMATO DE LA ENTREVISTA APLICADA

INVESTIGACIÓN DE CAMPO – DESARROLLO DE TESIS – DERECHO ADMINISTRATIVO: “NECESIDAD DE UNA NUEVA REGULACIÓN DE LA FLEXIBILIDAD DEL RÉGIMEN DE GARANTÍAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”

PREGUNTA 1:

¿Estima Ud. acertada la obligatoriedad de la presentación de garantías con el fin de precautelar la erogación de los recursos públicos en los contratos de adquisición de bienes, prestación de servicios, ejecución de obra incluidos los de consultoría, que se realicen con el Estado?

PREGUNTA 2:

¿Estima Ud. que la norma que dispone la no presentación de la garantía de fiel cumplimiento, en los contratos cuyo precio es inferior a multiplicar el coeficiente 0.0000002 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, afecta a los intereses del Estado?

PREGUNTA 3:

¿Considera Ud. que el valor de la garantía de fiel cumplimiento establecida en el inciso quinto del Art. 74 de la LOSNCP, es inapropiado para proteger la erogación de los recursos del Estado, por lo que sería necesario proponer la respectiva reforma legal?

FORMATO DE ENCUESTA APLICADA

INVESTIGACIÓN DE CAMPO – DESARROLLO DE TESIS – DERECHO ADMINISTRATIVO: “NECESIDAD DE UNA NUEVA REGULACIÓN DE LA FLEXIBILIDAD DEL RÉGIMEN DE GARANTÍAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”

Escoja la respuesta según su criterio.

PREGUNTA 1:

¿Cuál es la denominación más acertada, según su criterio, para los contratos que se celebran entre el Estado y los particulares?

- a. Contratos del Estado
- b. Contratos de la Administración Pública
- c. Contratos Administrativos
- d. Contratos Públicos

¿Por qué? _____

Marque con una X según su criterio.

PREGUNTA 2:

¿Considera Ud. que la relación contractual proveedor-Estado debe darse en igualdad de condiciones, sin la formalidad de las denominadas cláusulas exorbitantes?

- Sí
- No

¿Por qué? _____

PREGUNTA 3:

¿Cree Ud. que la terminación unilateral del contrato administrativo, derivada de su incumplimiento y que ocasiona la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento de contrato, constituye en el fondo una forma de precautar los recursos públicos del Estado?

- Sí
- No

¿Por qué? _____

PREGUNTA 4:

¿Estima Ud. oportuna y procedente la obligatoriedad de la presentación de garantías con el fin de precautar la erogación de los recursos públicos en los contratos de adquisición de bienes, prestación de servicios, ejecución de obra incluidos los de consultoría, que se realicen con el Estado?

- Sí
- No

¿Por qué? _____

PREGUNTA 5

¿Considera Ud. que el valor de la garantía de fiel cumplimiento establecida en el inciso cinco del Art. 74 de la LOSNCP, es insuficiente para proteger la erogación de los recursos del Estado?

Sí

No

¿Por qué? _____

PREGUNTA 6:

¿Estima Ud. que previa la suscripción de los contratos administrativos que versen sobre adquisición de bienes, prestación de servicios, ejecución de obras incluidos los de consultoría, se debe exigir la garantía de fiel cumplimiento en los contratos cuya cuantía sea inferior a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, con el fin de precautelar de manera efectiva los interés del Estado?

Sí

No

¿Por qué? _____